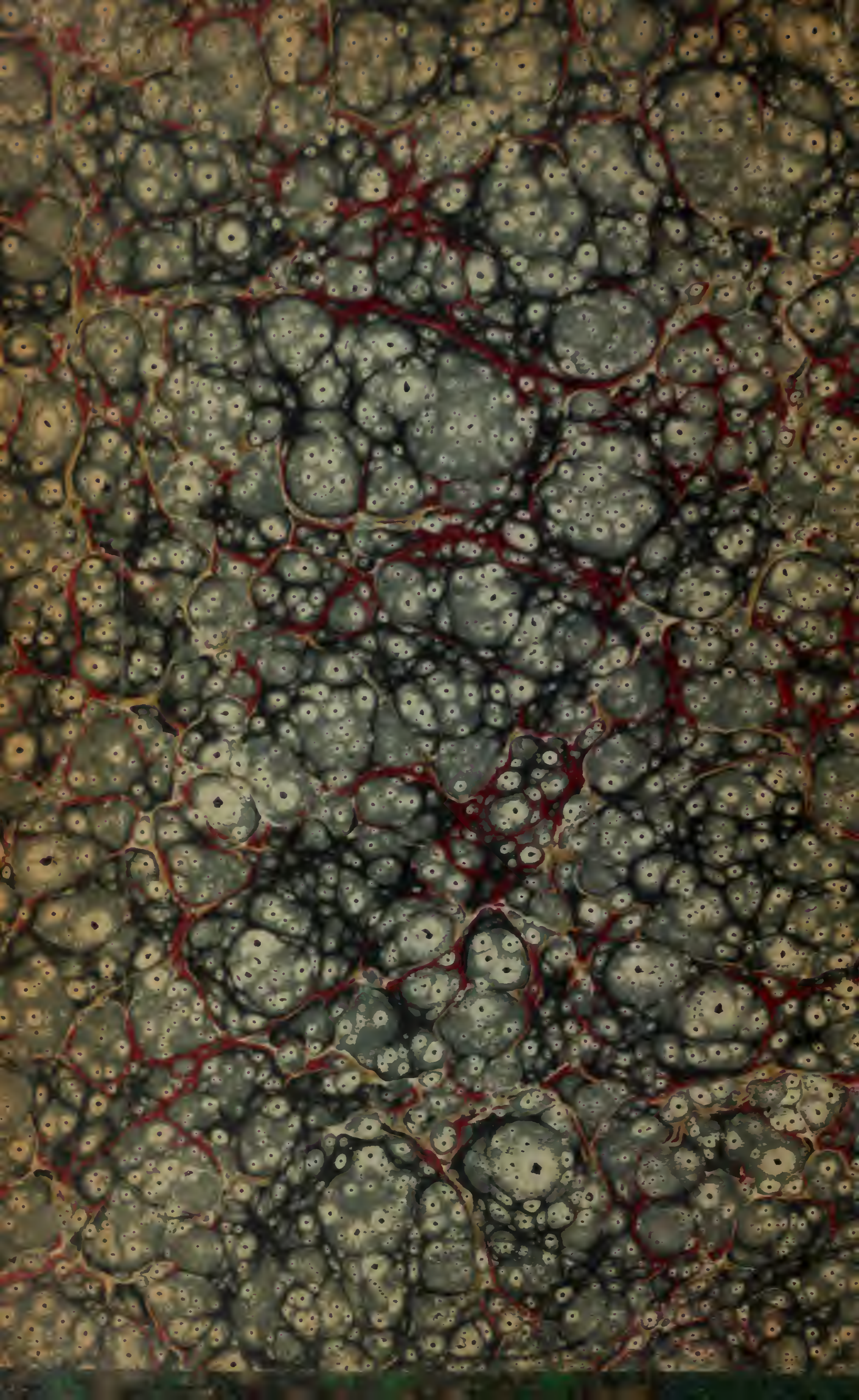
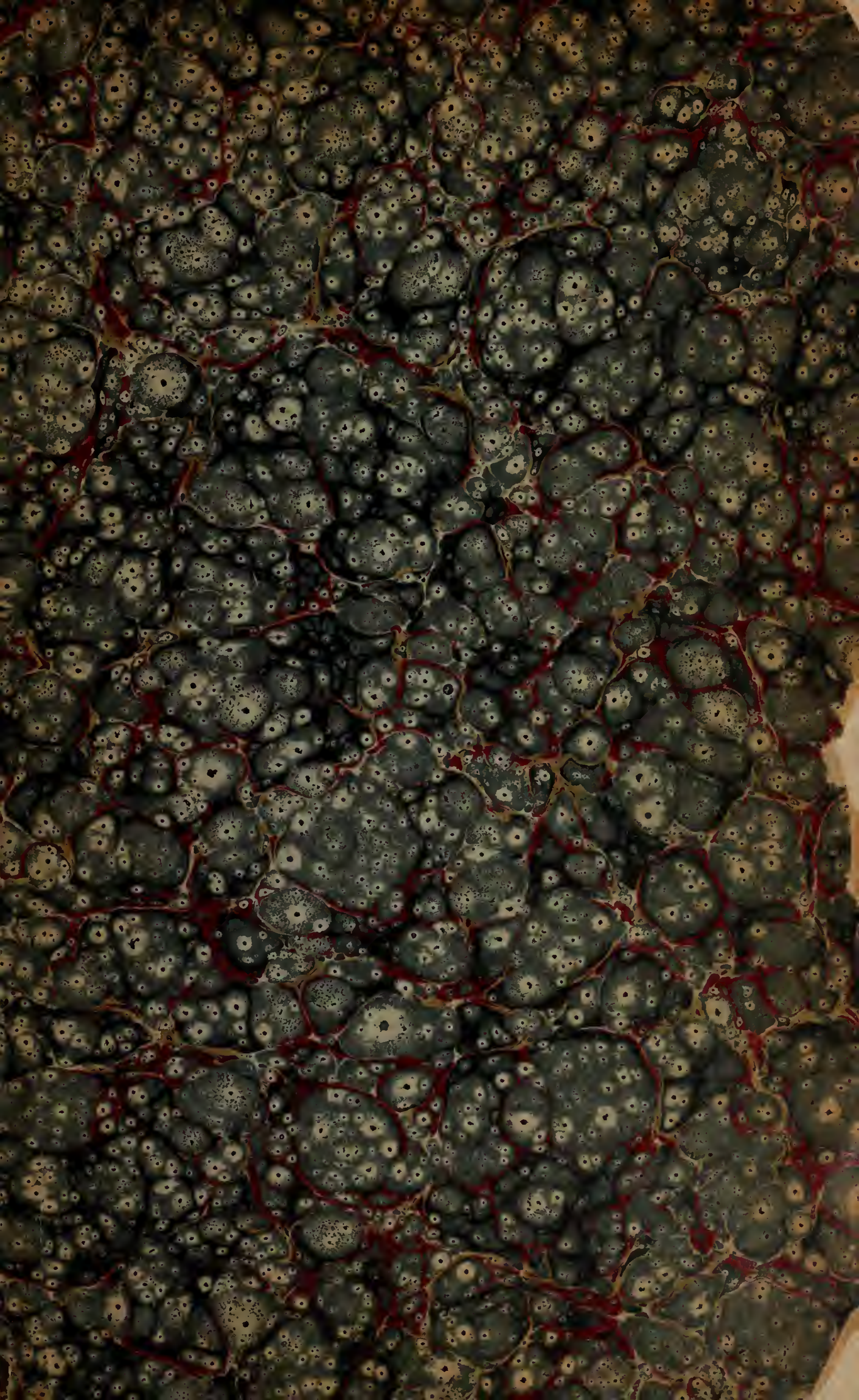








ESSAI SUR L'HISTOIRE

DU

DROIT FRANÇAIS

I

PARIS. — IMP. SIMON RAÇON ET COMP., RUE D'ERFURTH, 1

ESSAI SUR L'HISTOIRE

DU

DROIT FRANÇAIS

DEPUIS LES TEMPS ANCIENS JUSQU'A NOS JOURS

Y COMPRIS

LE DROIT PUBLIC ET PRIVÉ DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

PAR

M. F. LAFERRIÈRE
MEMBRE DE L'INSTITUT,
INSPECTEUR GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

« Les peuples civilisés obéissent aux influences morales; la plus invincible de toutes, c'est l'esprit général d'une nation. »
M. Villemain, *Éloge de Montesquieu.*

DEUXIÈME ÉDITION, CORRIGÉE ET AUGMENTÉE

TOME PREMIER

PARIS
GUILLAUMIN ET CIE, LIBRAIRES
Éditeurs du Journal des Économistes, de la Collection des principaux Économistes,
du Dictionnaire de l'Economie politique,
du Dictionnaire universel du Commerce et de la Navigation, etc.
14, RUE RICHELIEU, 14

1859

AVANT-PROPOS

Je réimprime, après plus de vingt ans, l'Essai qui avait paru en 1836 et 1838 sous le titre trop étendu d'*Histoire du Droit français*, et je lui rends son titre naturel, son titre primitif dans l'intention de l'auteur. Les vues d'ensemble ont toujours leur utilité. De savantes monographies ont accru, depuis vingt années, la littérature de l'histoire du Droit. Moi-même j'ai publié les six premiers volumes d'un ouvrage plus approfondi sur les diverses époques de notre histoire juridique; je n'en présente point ici l'abrégé. J'embrasse, d'un regard rapide mais non superficiel cependant, les diverses époques de l'histoire du Droit français, en indiquant leurs caractères, leurs progrès, leurs résultats. J'entre dans l'examen sérieux de

notre droit coutumier, du droit canonique, des ordonnances royales dans leur rapport avec le Droit civil et les Institutions; j'insiste sur le progrès de la science dans les Écoles romaine et française; et je consacre la plus grande partie du second volume au droit public et privé de la Révolution française, pour arriver, par la rénovation sociale, au Code Napoléon qui lui a donné la sanction de la sagesse antique unie au génie des temps modernes.

J'ai comblé des lacunes qui m'avaient été signalées et reprochées, notamment sur les origines germaniques; j'ai tâché d'améliorer beaucoup de choses dans l'ensemble, les détails et la forme de l'ouvrage de 1836, qui avait marqué mes premiers pas, et qui s'adresse à tous les amis de l'histoire nationale, même étrangers à la science du Droit. L'histoire du Droit français, ramenée aux proportions d'un tableau général et progressif, est devenue un complément presque nécessaire de l'histoire de France.

Cet Essai avait été autrefois accueilli avec bienveillance par le public; il avait eu plusieurs tirages auxquels j'avais refusé la qualification trop ambitieuse de seconde édition. Aujourd'hui c'est bien une deuxième édition, corrigée et augmentée, que je présente dans toute la vérité du titre.

Toutefois, je n'ai pas voulu que l'œuvre d'un homme jeune, ardent pour le bien, passionné pour les idées généreuses, plein de foi dans l'avenir des institutions et de la science, sortît trop refroidie de la révision d'un esprit plus lent aujourd'hui et plus difficile dans l'expression de sa pensée. Je n'ai pas voulu éteindre cette chaleur de l'âme, qui s'était communiquée de l'auteur à son livre; j'ai senti qu'elle avait dû être la principale cause du succès de la première publication, et il m'a semblé qu'elle était assez vraie pour faire passer encore dans le cœur de la jeunesse quelques rayons de cet amour du bien et de la science qui seront toujours des rayons de vie et de progrès.

INTRODUCTION

Il nous a été impossible d'aborder le sujet de notre livre sans rechercher le point de vue philosophique de l'histoire en général et de l'histoire du Droit en particulier : c'est l'objet de notre introduction. Qu'on ne s'étonne pas de trouver dans les premières pages les formes et le langage de la métaphysique appliquée à l'histoire des nations : c'est un tribut que nous avons payé à la nécessité de remonter aux lois primitives de l'histoire, qui sont les lois primitives de l'humanité. Il nous a fallu préciser notre point de départ et dire pourquoi nous l'avions pris dans une époque et chez un peuple plutôt qu'à une autre époque du monde et chez un autre peuple. Mais, une fois dégagé de ces formules, nous entrons dans l'histoire du Droit; et, si la pensée philosophique est un guide que nous suivons toujours, nous cessons du moins de lui emprunter, dans le cours de l'ouvrage, les formes trop sévères que nous avons dû lui laisser dans l'introduction. En étudiant les origines de notre Droit, en marquant ses phases et ses

développements, nous avons eu devant les yeux l'intérêt à la fois historique et juridique; nous avons voulu que nos recherches eussent, pour les amis de l'histoire en général et pour ceux qui font de l'application du Droit leur occupation habituelle, le mérite de quelque utilité.

L'histoire est élevée aujourd'hui à sa plus haute valeur; elle est une science morale; elle a des lois certaines. Sa mission est de représenter l'humanité vivant dans la succession des siècles et des peuples, et s'avançant dans la carrière du progrès individuel et social. L'humanité, quand elle se produit sur le théâtre de l'histoire, ne peut que manifester au dehors les éléments qui la constituent : c'est la philosophie de l'histoire qui recherche ces éléments, étudie la loi de leur manifestation progressive et révèle l'alliance des idées et des faits.

La représentation de chaque élément constitutif de l'homme et de l'humanité forme une époque historique : pour qu'elle soit complète, il faut que l'élément appelé à dominer la scène du monde soit représenté dans toutes les sphères que doit traverser la vie des peuples. Chaque peuple a sa religion, son état politique et son droit civil, son industrie, sa culture des sciences, ses arts d'imagination et d'imitation, enfin sa philosophie. L'épreuve et la vérification d'un système général sur la philosophie de l'histoire doivent avoir lieu, en présence des faits, dans toutes ces régions, chez tous les peuples dont l'humanité a gardé le souvenir, et qui, par conséquent, ont eu à remplir ici-bas une mission providentielle.

Notre but n'est pas de présenter, comme introduction à notre livre, l'exposition d'un système complet sur la philosophie de l'histoire : nous n'en avons pas besoin pour appliquer spécialement celle-ci au Droit romain et au Droit français. Toutefois nos vues, dirigées vers la sphère particulière du Droit et de la société civile, supposent un ensemble d'idées, une théorie générale sur la philosophie de l'histoire en elle-même. Nous devons donc placer à l'entrée de notre carrière quelques idées, les unes vulgarisées par la science, les autres assez claires pour se suffire à elles-mêmes, sans appareil de démonstration : mises en tête de l'ouvrage, elles renverront leur lumière sur quelques-unes de ses parties.

La Grèce et Rome ont dans l'histoire, pour antécédents, l'Inde et l'Orient.

Le vieil Indostan, où la science et l'histoire font tous les jours de si grandes découvertes, est aujourd'hui assez connu pour qu'on puisse en indiquer le puissant caractère : il représente le point de départ, l'époque synthétique de l'humanité. Tous les éléments, en effet, y coexistent, mais confondus et enveloppés dans un vaste panthéisme. La civilisation des Indous est la source de la civilisation antique, comme leur langue, le sanscrit, est la racine des langues de l'antiquité.

L'Orient, qui lui succède dans l'échelle des développements historiques, est la représentation extérieure et matérielle de l'idée élémentaire de cause, de substance, d'absolu, d'infini, expressions différentes d'une même notion,

qui repose primitive et nécessaire dans l'esprit de l'homme. Faible à sa naissance, accablé sous le poids de la notion dominante de substance, l'esprit humain tremble devant la nature, devant ses proportions presque infinies, image extérieure et traduction visible de la cause substantielle. Aussi la première religion est une religion de terreur, la religion de l'Orient est la religion de la nature; aussi la première forme du gouvernement est la théocratie. L'homme n'aura pas conscience de lui-même, de sa liberté; il n'aura que le sentiment de sa faiblesse personnelle en présence des phénomènes de la nature; et le génie théocratique, ami de l'immobilité, inventera les castes où se perpétueront sans mélange les races dominantes des dieux et des héros. L'esprit de l'époque orientale sera le besoin de l'immensité dans les choses, l'ignorance ou le dédain de la personnalité humaine, l'immobilité dans les institutions. — Le vaste plateau de la haute Asie sera un théâtre analogue à cette époque du monde; la race humaine s'étendra de là vers l'Éthiopie, vers la haute Égypte, et ce sont des colonies égyptiennes qui, chargées de ses futures destinées, se dirigeront vers les régions occidentales.

L'Orient comprend quatre peuples historiques : les Chaldéens, les Perses, les Égyptiens, les Hébreux. Ils représentent le même principe, le premier élément de l'humanité, mais sous des faces diverses : l'identité de leur mission est dans la représentation de ce principe sous la forme matérielle. — Le matérialisme a couvert de son enveloppe jusqu'au dogme de l'unité : les anciens Hébreux,

dépositaires de ce dogme et de l'idée de Providence, ne croyaient pas plus, de l'aveu de Bossuet, à la spiritualité de Dieu et à l'immortalité de l'âme que les Perses et les Égyptiens qui divinisaient les forces de la nature en les voilant sous des symboles matériels, et qui attachaient la vie de l'âme à la vie errante et renouvelée des êtres corporels, ou même à la permanence d'une momie. Le spiritualisme, combattu par l'école pharisienne, n'a commencé à se faire jour dans les doctrines de la Judée qu'à l'approche du christianisme[1]. Le judaïsme, mis en regard du christianisme qui est sorti de son sein, en est l'enveloppe orientale, la figure; c'est le christianisme qui a déchiré le voile et rayonné de son esprit sur l'enveloppe symbolique.

Le principe matériel, qui domine le monde oriental de l'antiquité, a exercé aussi une grande influence sur le monde grec et romain.

L'humanité, en descendant vers les régions occidentales, est entrée dans la carrière du mouvement, du progrès, de la liberté. L'homme se pose là comme une force libre, qui a conscience d'elle-même. Quand les prêtres d'Égypte disaient à Solon : « O Athéniens, vous n'êtes que des enfants! » ils avaient raison en un sens : les Athéniens étaient récemment nés à la vie mobile, active et libre; ils représentaient l'enfance de l'humanité appelée à une époque nouvelle; ils s'échappaient d'un monde soumis à la fatalité sacerdotale.

[1] Bossuet, *Discours sur l'histoire universelle*, deuxième partie, n° 3, p. 216; *idem*, n° 6, p 302. Salvador, *Jésus-Christ et sa doctrine*, I, p. 109.

Le peuple grec et le peuple romain sont nés presque en même temps : la première olympiade, qui marque la fin des temps fabuleux et héroïques, remonte à l'an 776 avant J. C.; la fondation de Rome, à l'an 754[1]. Mais, quoique leur berceau respectif fût posé dans l'Europe, ils ne se sont vraiment connus qu'à la distance de plusieurs siècles, à l'époque de la rédaction de la loi des XII Tables (305 de Rome), et surtout après la guerre de Tarente (472)[2]. S'ignorant ainsi longtemps, malgré leur rapprochement géographique, ils ont eu chacun dans le monde un rôle spécial et caractérisé. Leurs missions partaient du même principe et devaient seulement s'accomplir dans un ordre de choses différent. Tous deux, en effet, représentent la liberté, la personnalité humaine au sortir de l'Orient, qui l'avait absorbée dans l'idée et l'empire de l'absolu. Mais la Grèce représente la personnalité humaine, dans la sphère des sentiments et des idées, par ses beaux-arts et sa philosophie : Rome la représente, dans la sphère du monde extérieur, par sa puissance matérielle et universelle sur les peuples connus. Athènes devait dominer le monde intellectuel par les beaux-arts et par les doctrines qui réfléchissent surtout la forme sensible, le côté physique ou moral de la personne humaine; — Rome devait dominer le monde extérieur par les armes, par les lois, par la puissance visible de l'homme. Ainsi elles concouraient à accomplir, dans une vaste unité, la représentation du principe qu'elles étaient destinées à manifester dans l'histoire

[1] Ou 750, suivant les variations chronologiques.
[2] Voir M. Michelet, traduction de Vico, p. 22 ; *Hist. rom*, t. I, p. 122.

de l'humanité. Elles ont fait et elles devaient faire entre elles l'échange de leur domination : les Grecs ont subi le joug des Romains, et ceux-ci ont reçu les arts, les idées, les doctrines de la Grèce.

Cette manifestation étant comme épuisée, un autre principe s'est levé sur l'univers : le Christianisme est apparu; le spiritualisme est venu lutter contre l'empire du principe matériel ; *le Verbe s'est fait chair*. A la suite du monde oriental et occidental de l'antiquité a commencé la destinée du monde et de la civilisation modernes : les deux principes dominants étaient opposés par leur nature, et les deux civilisations sont séparées par la distance même qui sépare leurs principes.

Quelle est la place qu'occupe le Droit dans ces deux mondes? que devons-nous y rechercher dans l'intérêt de l'époque où nous vivons ?

Le Droit, proprement dit, c'est l'association laborieuse de la liberté humaine et de la vie civile avec la justice et la raison.

Le Droit ne peut donc se développer où l'homme n'est rien, où sa nature, domptée par une puissance supérieure, s'enchaîne à l'immobilité des castes, s'anéantit devant les hauteurs infinies et mystérieuses de la théocratie. Aussi le Droit n'a pas d'histoire dans l'Inde et dans l'Orient. C'est dans la Grèce, c'est dans Rome, que commence l'enchaînement de ses époques. L'homme devient là une puissance libre et personnelle, une individualité qui s'appartient, qui dès lors a des droits; et, dans

l'enivrement de sa récente émancipation, l'homme va même jusqu'à diviniser l'image de sa personnalité. Le Droit, en Grèce, a son progrès; il a donc son histoire possible. Mais, considéré dans ses rapports avec celui qui fait le fond des sociétés modernes, il est à peu près stérile pour nous. Au contraire, le Droit civil français est fils du Droit romain et des coutumes nationales : nous avons dès lors intérêt à connaître la pensée fondamentale du Droit romain.

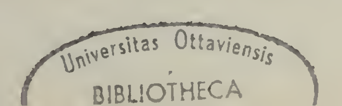
A la vérité, le Droit français, au dix-neuvième siècle, semble avoir une vie à lui; il s'est concentré dans un Code; il s'est mis en harmonie avec la nature et la raison; et, la vie rationnelle le pénétrant de son principe, il paraît, au premier coup d'œil, n'avoir pas besoin d'être mis en regard du passé. — Ce peut être encore là l'opinion de quelques esprits prévenus; mais, pour les hommes de la science, le Droit civil a deux points de vue nécessaires : le point de vue historique et le point de vue dogmatique.

Le premier conduit sûrement au second : l'histoire contient les faits, leur enchaînement progressif et le long enfantement de l'idée; puis la science et la civilisation formulent l'idée qui est sortie victorieuse des faits; elles érigent en loi rationnelle et en loi positive les résultats de l'histoire : ces résultats, dépourvus de leur filiation, de leur lumière historique, manqueraient d'une condition nécessaire à leur pleine intelligence.

A l'époque de civilisation où nous sommes parvenus, l'élaboration du Droit civil s'est faite à travers les siècles et les révolutions sociales; la vie rationnelle est acquise

au Droit, sans doute ; mais il est nécessaire de déterminer les époques successives qu'il a dû traverser pour arriver à ce degré de développement, à cette plénitude de résultats.

Nous prenons Rome pour point de départ : nous en avons dit la cause, qui est fondée sur les rapports essentiels du Droit français et du Droit romain. — Nous n'avons pas cependant l'intention d'essayer ce que d'autres ont accompli avec une grande supériorité. Gustave Hugo a fait l'histoire des modifications du Droit romain dans l'antiquité; G. Haubold a réuni les indications de toutes les sources, de toutes les dissertations sur les matières des Institutes et des Pandectes, et présenté ainsi l'histoire dogmatique du Droit de Justinien. M. de Savigny a suivi ce Droit, avec une admirable sagacité, dans sa persistance et son enseignement au moyen âge. M. Berriat-Saint-Prix a fait l'histoire très-exacte de ses collections et de leurs destinées en Occident; M. Mortreuil, de Marseille, a écrit une savante histoire du droit byzantin depuis la mort de Justinien jusqu'à la chute de Constantinople. — En Allemagne, MM. Mackeldey, Warnkœnig, Marezoll, Puchta, Wangerow ; — en France, MM. Dupin, Ch. Giraud et Pellat, Blondeau, Ducaurroy, Étienne, de Fresquet et Ortolan, ont résumé avec précision, éclairé avec beaucoup de science ou approfondi la pensée des Institutes et caractérisé la marche progressive du droit romain. Mais il reste peut-être encore à manifester par l'histoire le rapport essentiel et philosophique du Droit romain avec le christianisme, et leur association dans le monde comme éléments civili-



sateurs : il reste à considérer le Droit romain dans ses luttes et ses combinaisons avec les divers autres éléments de la société, pour la formation et le développement du Droit français ; il reste à saisir et à suivre dans sa marche, ses interruptions, ses alliances, ses transformations, la pensée civilisatrice qui, des lois barbares et des Capitulaires, a conduit nos lois civiles, à travers les révolutions de la féodalité et de la monarchie française, jusques au Code du dix-neuvième siècle.

Telle est l'idée de ce livre.

Nous avons voulu mettre l'histoire du droit en rapport avec le mouvement de l'histoire de France et le progrès de la civilisation. Ce point de vue n'est pas indigne des historiens et des jurisconsultes : le droit coutumier, le droit canonique, le droit des Ordonnances, viennent s'y placer. D'autres y jetteront un regard plus profond ; et nous-même, dans un second ouvrage plus considérable sur L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS, dont nous avons commencé la publication depuis 1846 et conduit les développements jusqu'au sixième volume publié en 1858, nous avons essayé de poser une base autrement large que les essais du passé. Les semences jetées dans l'histoire juridique n'ont pas été stériles, depuis vingt ans, pour la théorie et la pratique du droit. Le temps est venu, nous le croyons, de sceller l'alliance, dans des ouvrages français, entre le droit, l'histoire et la philosophie, entre l'économie politique et les législations comparées : l'avenir de la science juridique, en France comme en Allemagne, est dans la grandeur de cette alliance.

ESSAI SUR L'HISTOIRE

DU

DROIT FRANÇAIS

DEPUIS LES TEMPS ANCIENS JUSQU'A NOS JOURS

LIVRE PREMIER

LE DROIT CIVIL DE ROME

(SOUS LA RÉPUBLIQUE).

Le Droit civil, dans son caractère originel, doit nécessairement reproduire la vie intime de la cité, ses mœurs, la constitution particulière de la famille, de la propriété, les rapports des citoyens entre eux, la distinction fondamentale des personnes et des choses : ce n'est donc que d'elle-même et de ses éléments natifs que Rome pouvait tirer les origines de son Droit civil.

Avant d'assimiler le monde extérieur au principe nouveau qu'elle représentait, Rome devait longtemps combattre et s'exercer dans d'étroites limites. C'est par la lutte du principe humain, individuel, démocratique, représenté par les plébéiens, contre le

principe oriental de l'*absolu* sacerdotal, aristocratique, représenté par le patriciat, que sa mission a commencé; et par les épreuves d'un dualisme vital, opiniâtre, elle s'est fortifiée, elle a grandi pour la conquête universelle.

Dans cette carrière de lutte et de développement, tout grand mouvement, soit intérieur, soit extérieur, de Rome, apporte dans son Droit civil une modification et détermine une époque spéciale. Il y a une profonde intimité, dans la société romaine, entre le fait et le droit; c'est là que s'applique la formule, *ex facto nascitur Jus*. Il ne faut pas s'en étonner : la société romaine s'est développée dans un état de guerre continuelle, à l'intérieur, depuis la retraite sur l'Aventin jusqu'à l'admission des peuples de l'Italie au droit de cité; à l'extérieur, depuis la reprise du Capitole jusqu'à la conquête de l'Arménie sous Auguste. Or, dans l'état de guerre, *le fait*, c'est-à-dire la victoire, enfante le droit, *ex facto nascitur Jus* : mais, chose admirable! le droit sorti de la victoire fut, en définitive pour l'homme, le droit naturel appliqué à la société. — Elle était donc sainte et sacrée, cette lutte des plébéiens, de l'élément nouveau contre les patriciens, l'élément antique qui rattachait son origine, par les migrations pélasgiques, jusqu'au monde oriental!

Entre le Droit civil de Rome et le Droit romain, pris dans sa large et légitime acception, il y a toute une révolution politique et sociale, philosophique et religieuse.

Une révolution politique et sociale : Rome a passé de la République à l'Empire; le patriciat sacerdotal et guerrier, après une lutte de cinq cents ans contre la race plébéienne, s'est englouti dans son vaste sein.

Une révolution philosophique et religieuse : la philosophie d'Épicure, c'est-à-dire l'idée matérialiste qui avait résumé l'esprit dominant de l'époque, a cédé l'empire des doctrines à la philosophie stoïcienne; le polythéisme a senti ses innombrables dieux tressaillir et chanceler sur leurs autels devant l'unité du christianisme : l'époque du monde où régnait le principe matériel aura

touché bientôt à sa fin : l'époque du monde où doit se développer le principe spirituel a commencé.

L'intervalle qui sépare le Droit civil de Rome et le Droit romain se divise en trois périodes qu'il nous faudra marquer avec précision.

Mais il est d'abord à signaler un caractère important, commun à ces trois époques, ou, pour mieux dire, à toutes les époques de l'histoire du Droit. Dans les diverses phases de la société romaine, le Droit a eu ses divisions fondamentales des personnes et des propriétés, et celle des propriétés a toujours correspondu à celle des personnes. Ces distinctions correspondantes ont constitué le caractère spécial de chaque époque, caractère qui a ensuite donné son empreinte à toutes les parties dont l'ensemble du Droit s'est composé. Cette correspondance, dans la division des personnes et des choses, constitue une loi sociale que nous retrouverons dans tout le cours de nos recherches. Aussi, d'avance, nous devons en donner la raison philosophique : elle tient à l'origine, à la nature même du droit de propriété. — La propriété est le résultat d'un acte de la liberté, du pouvoir de l'homme, qui se porte en dehors de lui-même, qui imprime aux objets extérieurs sa volonté, son *moi*. Dans ce sens, la propriété, c'est l'homme, c'est l'homme maître des choses : elle le réfléchit tel qu'il est, et, par conséquent, dans ses situations diverses, dans ses états successifs. Le rapport de l'homme à la terre qu'il habite est la première loi de son existence physique ; le rapport de l'homme à la terre susceptible d'être possédée est aussi, dans la société, un rapport nécessaire : dans la loi historique de la société et de la propriété, l'un des termes révèle l'autre ; un état donné de la société appelle dans la propriété un état correspondant. En Égypte, par exemple, deux castes dominaient, les prêtres et les guerriers, et ils possédaient les deux tiers du territoire exempts de tout tribut ; il y avait de plus un roi, qui était choisi dans l'ordre sacerdotal ou qui devait s'y faire adopter, et la troisième part des terres appartenait au roi ; quant au peuple, il n'était rien dans cette juxta-

position des races dominantes, et il n'avait aucun droit sur cette terre qu'il arrosait de ses sueurs : peuple d'ouvriers aux mille bras, il creusait le lac Mœris, il bâtissait les Pyramides. Exemple tout opposé : la même loi de correspondance entre l'homme et la terre provoqua dans le territoire d'Athènes le partage des propriétés, quand Athènes devint une république démocratique.

C'est là un rapport social et nécessaire ; vrai dans l'ordre politique, il se manifeste sous des formes beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus variées dans l'ordre civil : *une classe de personnes appelle toujours une classe correspondante de propriétés.*

Cette loi dominera dans la revue des trois époques du Droit civil de Rome.

§ Ier. — PREMIÈRE PÉRIODE.

Dans la première période de son histoire, le droit à Rome a passé de la domination du patriciat à l'état de lutte avec l'élément plébéien, qui est devenu son rival ; parti de l'unité, il est arrivé au dualisme ; du droit pontifical il est arrivé au droit des XII tables, sans porter atteinte à l'unité même de la cité.

La race romaine s'était formée de trois éléments combinés : les Étrusques, élément du patriciat sacerdotal, les Sabins et Samnites, élément du patriciat guerrier, et les fugitifs des diverses tribus de l'Italie, élément populaire, qui comprend les pâtres, les débiteurs, les esclaves qui avaient cherché un refuge dans la ville nouvelle, où Romulus avait consacré un lieu au droit d'asile. Ces réfugiés devinrent les clients des patriciens dont ils réclamaient la protection ; en se multipliant et en grossissant leur nombre d'émigrations nouvelles, ils formèrent la classe des plébéiens. Là se trouve, à sa source, la grande division des patrons et des clients, des patriciens et des plébéiens, qui composent la Cité romaine.

Les patriciens réunissent tous les pouvoirs religieux, politiques

et civils : pouvoir religieux, par les auspices dont seuls ils possèdent la science apportée de l'Étrurie ; pouvoir politique, dans l'assemblée des Curies; eux seuls composent la Curie [1], eux seuls sont les Curètes, et primitivement les *Quirites*, d'où vint le *jus Quiritium;* enfin, pouvoirs civils, par l'organisation de la famille et de la *gens*.

Le Quirite ou vrai citoyen compte dans sa famille ses enfants, ses descendants, ses esclaves [2]. — Il a sur eux une autorité sans bornes ; il dispose de leur liberté, de leur vie ; ses enfants sont sa chose, ils acquièrent pour lui seul; ils sont ses héritiers *siens*, et même, comme les esclaves, ses héritiers *nécessaires*. La femme, ou achetée à son père [3], ou destinée, sous le symbole du gâteau sacré, à donner une postérité sacerdotale [4], la femme tombe sous la puissance absolue du mari (*in manu mariti*), s'il est lui-même libre de la puissance paternelle; mais, s'il est encore sous cette puissance, le pouvoir sur la femme passe au beau-père, qui la compte parmi ses enfants. La veuve n'est point libre, elle tombe sous la tutelle des agnats. Le chef de famille, le père, le patricien donne son nom à toute sa race (*gens*), composée des parents mâles, agnats et gentils; les clients, les affranchis même, portent le nom de leur patron : le despotisme est dans la famille; et la réunion de ces maîtres, de ces pères, de ces patriciens, de ces citoyens qui ont l'*optimum jus civitatis,* forme une aristocratie sacerdotale et politique dont les intérêts sont identiques.

Ils possèdent toutes les terres; ils en donnent à cultiver à ceux qui se sont mis sous leur patronage : les clients (*quasi colentes*) sont des colons qui payent une redevance et détiennent à titre précaire. Ils sont obligés de suivre à la guerre le chef de la race,

[1] Ils se présentent à l'assemblée tenant à la main la lance qui, dans le langage étymologique, s'appelle *quir*, *quiris*, d'où *curètes* et *quirites* (Varro, v, 51).

[2] *Famuli, familia.*

[3] Mariage par *coemption.*

[4] Mariage par *confarréation.* (Sur la famille romaine, voir mon *Histoire du droit français*, t. I, p. 61.)

et, quand l'ennemi est vaincu, les terres sont partagées fort inégalement : le faible plébéien n'en obtient pas, ou n'en obtient qu'une petite portion.

Il est une terre (l'*ager romanus*) qui est conquise péniblement autour de Rome : sa limite était tracée par l'augure et l'*agrimensor;* elle faisait partie d'abord de l'enceinte sacrée de la ville ; elle fut ensuite portée, pour l'ancien territoire, à cinq ou six milles de Rome, au lieu que Strabon a nommé *Festi*. Les prêtres y faisaient la cérémonie des *Ambarvalia*, pour la fertilité des campagnes. Plus tard, ce territoire s'étendit dans le Latium [1]. Ceux qui possédaient une portion de l'*ager romanus* avaient les auspices, et avec ce droit, le meilleur droit des Quirites, c'est-à-dire le plein droit de cité (qui en entraînait beaucoup d'autres) et le droit de suffrage dans la Curie. Ces droits n'étaient point anciennement attachés aux autres terres du Latium, encore moins à celles de l'Italie. Les colonies qui allaient se former sur un territoire plus ou moins éloigné ne participaient qu'imparfaitement au *jus Quiritium;* et une partie du peuple aimait mieux rester à Rome sans aucune possession, mais avec la perspective du partage de l'*ager romanus*, que d'aller au loin posséder un sol non privilégié : « ils aiment mieux (a dit Tite-Live) réclamer des terres à Rome qu'en posséder à Antium. »

Le plébéien était pauvre : il n'avait pour faire vivre sa famille que la culture, la guerre ou la ressource des emprunts. La guerre l'enlevait à la culture ; il empruntait pendant la campagne, comptant sur les bénéfices de la conquête pour acquitter sa dette. — Il retournait souvent à Rome sans prise faite sur l'ennemi, et il ne pouvait satisfaire à ses engagements. Consumé par l'usure d'emprunts à 12 pour 100, il n'avait bientôt d'autre ressource que de se livrer, lui et sa famille, au pouvoir absolu de son créancier. Le créancier pouvait l'emprisonner, le battre de verges, le vendre au delà du Tibre : le corps du débiteur était un gage pri-

[1] Varro, *de Ling. lat.*, lib. V, § 33.— A. Gellius, VI, 7.— Florus, I, 9-11. — M. Michelet, *Histoire romaine*, tom. I, pag. 115-191.

vilégié; et, s'il y avait plusieurs créanciers, ils avaient le droit de s'en partager le prix, et même, selon le témoignage d'Aulu-Gelle, la faculté, au moins comminatoire, de mettre le débiteur à mort, *partiri corpus addicti sibi hominis*[1].

La retraite sur l'Aventin est le premier symptôme, et le symptôme éclatant du déchirement des deux classes : par la création des tribuns, le peuple naît à la vie politique, il a conquis la parole (selon une expression éloquente); l'Aventin est renfermé dans l'enceinte sacrée ; la ville plébéienne est fondée, et les deux principes opposés et rivaux sont en présence, en lutte continuelle ; l'avenir est au plus jeune ! Le droit civil, connu seulement des patriciens, sort malgré eux de l'obscurité des usages ; le *jus Quiritium* se confond avec le droit du citoyen romain; la loi est écrite dans les XII tables ; et, à côté de l'ancien droit, émané du patriciat étrusque et guerrier, s'élève le droit né de la révolution plébéienne[2].

On a regardé longtemps la loi des XII tables comme le code absolu du patriciat, modifié par quelques emprunts faits aux lois de la Grèce : cette opinion, qui confondait l'esprit des dix premières tables avec celui des deux dernières ajoutées par la tyrannie du décemvir Appius Claudius, est aujourd'hui repoussée. Les plébéiens formaient une partie importante et vivace de la société romaine lorsqu'ils exigèrent des lois écrites, et que le tribun Terentillus les arracha enfin à la force d'inertie du sénat. Les deux éléments distincts et rivaux se placent en parallèle dans la loi décemvirale; mais Rome ou l'unité de la cité romaine domine toutes les diversités.

L'esprit du patriciat se montre dans l'exclusion du droit civil prononcée contre l'étranger[3]; dans la prohibition du mariage entre les *plébéiens* et les *patriciens* (XIe table); dans le maintien de la

[1] A. Gellius, XX. Sur cette rigueur barbare et la controverse à laquelle elle a donné lieu, voir mon *Histoire du droit français* précédée d'un volume sur l'époque romaine, tome I, p. 135.

[2] Sur la loi des XII tables, voir mon *Histoire du droit*, t. I, ch. III.

[3] *Adversus hostem æterna auctoritas.*

puissance absolue du père et du mari; dans le *Nexus*, pour l'obligation et le privilége cruel du créancier sur la personne et la famille du débiteur; dans les solennités de la mancipation pour les contrats et pour la vente des *res mancipi;* dans la limitation sacerdotale des héritages.

La révolution plébéienne, d'un autre côté, stipule ses garanties: — « Ce que le peuple ordonne est le droit obligatoire.

« La provision est due à la liberté, la présomption est en sa faveur.

« Les lois privées ou les priviléges sont défendus.

« Le citoyen ne peut être condamné à mort que par l'assemblée du peuple; l'appel au peuple est toujours permis.

« L'accusation publique est ouverte à tous.

« Le juge qui reçoit de l'argent doit être condamné à mort (à cette époque le patricien seul était juge).

« Le *libripens* qui n'aura pas rendu témoignage de la convention contractée devant lui sera déclaré infâme.

« Le patron qui trompe son client est dévoué aux dieux infernaux (*sacer esto*)[1]. »

L'esprit nouveau pénètre aussi dans la famille : — le mariage par l'*usage* est reconnu; la cohabitation pendant une année en établit la présomption de droit : l'interruption de trois jours et trois nuits empêche le pouvoir absolu du mari sur la personne et les biens de la femme.

Après trois ventes ou mancipations successives, le fils est émancipé, ou libre de la puissance paternelle.

Le citoyen peut disposer par testament de son bien et de la tutelle de ses enfants : *dicat testator, et erit lex.*

On acquiert les immeubles par l'usucapion de deux ans, les meubles par un an.

Les patriciens, pour contrebalancer l'effet de leurs concessions, se réservèrent les actes légitimes, les fastes, et les actions de la loi

[1] Fragm. Leg. XII Tab. (Dirksen); — Tabula, VIII, 21, 22; — Tab., IX, 1, 2, 3, 4; — Tab., XII, 5.

qui constituaient des formes de procédure ou la forme d'exécution des jugements. Pour profiter, dans la pratique, des droits accordés par les XII tables, il fallait agir aux jours permis et suivant les actions de la loi. Chaque action avait sa formule accessoire, sans laquelle on ne pouvait rien obtenir en justice. Le Collége des pontifes et les Prudents créaient et donnaient les actions formules; et ils marquaient les jours fastes et néfastes. Le patriciat sacerdotal s'était réservé ce domaine du mystère, afin de tenir encore dans sa dépendance les intérêts privés des citoyens.

§ II. — DEUXIÈME PÉRIODE.

Pendant la deuxième période, la victoire des plébéiens sur les patriciens se déclare dans l'ordre civil. La place faite au principe nouveau dans les XII tables, l'an 305 de Rome, parut bientôt trop étroite : cent quarante ans après leur publication, le peuple fut délivré des entraves que lui imposaient les auteurs et les gardiens des actions de la loi : le mystère des formules fut révélé au grand jour en 446 par le code flavien. Le droit prétorien expliqua au profit des plébéiens le sens quelquefois obscur des douze tables; on établit des fictions pour échapper aux rigueurs de la loi. A côté des contrats et des actions de droit étroit, *stricti juris*, se produisirent les contrats consensuels du droit des gens et les actions de *bonne foi*. Aux actions de la loi succéda la procédure prétorienne ou le système formulaire[2].

Les distinctions anciennes des personnes et des choses tendirent à s'effacer; les plébéiens renversèrent la barrière légale qui les séparait des patriciens, en faisant abolir la prohibition des mariages entre les personnes des deux races. La distinction politique et civile des patriciens et des plébéiens s'affaiblit de jour en

[1] *Actiones legis*, selon Gaïus, ipsarum legum Verbis accommodatæ. Les actions de la Loi étaient au nombre de cinq : *sacramentum, judicis postulatio, condictio, manûs injectio, pignoris capio*. (Gaius, IV, § 12.)

[2] Voir pour les développements mon *Histoire du droit français*, tome I, ch. V, sec. 5.

jour; les deux ordres furent admissibles au consulat. La distinction de l'*ager romanus* et des autres terres du Latium s'affaiblit aussi par l'extension progressive des limites de l'*ager* : les tribus *rurales* et les tribus *urbaines* eurent le même droit; et même telle était, sous ce rapport, la plénitude de la victoire plébéienne, que, pour la contrebalancer, le censeur Fabius-Maximus, en 449, forma des citoyens les plus influents les 31 tribus rustiques : son but était d'arrêter la puissance des comices par tribus, appartenant alors aux plébéiens qui dominaient par le nombre dans les tribus urbaines.

La marche victorieuse de la révolution plébéienne, pendant cette seconde époque, s'est formulée, dans le droit civil, par la distinction significative entre le droit des douze tables ou le droit proprement dit (*jus civile*), et les édits des magistrats ou le droit prétorien (*jus honorarium*).

Ce droit *honoraire* ou prétorien manqua longtemps de la garantie de la fixité; les préteurs ne se conformaient pas à leurs propres édits[1]; mais la fixité lui fut imprimée, en 686, par la *loi cornélienne*[2] qui imposa aux magistrats l'obligation de suivre l'édit publié par eux au début de leurs fonctions. Les préteurs, suivant le même principe de large interprétation et de dérogation indirecte à la loi des douze tables, se contentaient souvent de renouveler l'édit de leurs prédécesseurs, renouvellement qui eut son nom propre d'*edictum tralatitium*. L'édit du préteur concourut puissamment à renverser les digues que les décemvirs avaient voulu opposer à l'égalité plébéienne, surtout par les deux Tables qu'Appius avait ajoutées aux dix premières de la Loi.

§ III. — TROISIÈME PÉRIODE.

Dans la troisième période, une classe de personnes qui préexistait dans la seconde, mais avec bien moins d'importance, s'est

[1] Plaute disait : *Perduxerunt leges in potestatem suam.*
[2] Son auteur fut le tribun Cornélius Sylla.

fait une grande place, la classe des étrangers. On n'a plus distingué le droit des patriciens et des plébéiens quant au mariage et à l'admission aux charges publiques; on a distingué le droit des citoyens romains et le droit des non-citoyens. Le premier s'appelait *jus civitatis, jus civile;* le second s'appelait *jus gentium, jus peregrinorum*. La juridiction du préteur des étrangers, qui avait été créée en 510, prit dans cette période un notable accroissement.

Ici apparaît la division correspondante des personnes et des choses. — Parmi les personnes on distingue les citoyens et les étrangers (*peregrini*); la distinction fondamentale passe dans les fonds de terre. Les fonds du Latium sont *res mancipi*, les fonds étrangers *res nec mancipi*; les citoyens romains, qui seuls ont le droit quiritaire, peuvent seuls être propriétaires des choses *mancipi*; les étrangers ne possèdent que des terres provinciales ou *nec mancipi*. La distinction s'étend aux modes d'acquérir par la mancipation ou par la simple tradition. Ceux qui avaient le *jus commercii* pouvaient seuls acquérir par la mancipation.

Cette distinction domine tout le droit de la troisième période; toutefois des points de rapprochement entre les conditions différentes se multiplient dans l'application. Une mesure inégale de droits était accordée à divers peuples de l'Italie, à des colonies, à des villes municipales; mais le *jus commercii* faisait toujours partie des concessions. La part la plus étendue des droits de citoyen romain était pour les Latins, alliés fidèles de Rome, et constituait le *jus Latii*. Les mouvements qui travaillèrent toute l'Italie et mirent Rome en danger firent élargir de plus en plus la classe des citoyens; la cité reçut ainsi les Latins, et puis les habitants de l'Italie et de la Sicile. La classe des étrangers se resserrait donc en fait par cela même que s'étendait la classe des citoyens. — Encore quelques siècles, et la distinction des citoyens et des étrangers s'effacera dans le monde romain; il n'y aura plus à Rome et au sein des provinces, dans l'ordre des personnes civiles, que des hommes nés libres (*ingenui*) et des hommes libres mais

affranchis (*liberti*), distinction qui, ne portant pas atteinte à l'état fondamental d'homme libre et de romain, ne se réfléchira pas dans l'ordre de la propriété.

Mais, avant d'entrer dans cette ère nouvelle qui s'approche, contemplons de plus près la troisième époque du droit civil de Rome.

Aux yeux de Rome victorieuse, il y a deux peuples sur la terre, le peuple vainqueur et le peuple vaincu ; autrement, le peuple romain et le peuple des provinces soumises à la république. — Dans l'ordre civil, il n'y a plus aussi que deux classes, les citoyens romains et les étrangers, distinction réelle, vivante, qui attire une distinction correspondante dans les choses. Autour d'elles se groupent des droits différents et des institutions spéciales qui constituent dans leur ensemble le droit civil de l'époque.

Quand des peuples étrangers sont admis à la participation des droits de cité, comme l'ont été par degrés les peuples du Latium, les peuples de l'Italie et de la Sicile, ou ceux auxquels on accordait le *jus Latii*, le *jus italicum*, ils sont incorporés au sol de la cité. Ainsi que les anciens Latins, dans les temps primitifs, acquéraient le droit quiritaire lorsque leur territoire était compris dans l'*ager romanus*, de même les peuples étrangers devenaient citoyens et sujets de la loi romaine, en *faisant partie du fonds*, du territoire de la république, et sous l'ancienne formule consacrée *si fundi facti essent*[1]. L'histoire de Rome n'était que le développement

[1] Les Latins, admis au droit compris sous la dénomination de *jus Latii*, étaient dits *populi fundi*. Cic. *pro Balbo*, n° 8.

Les *municipia* se réglaient d'après leurs propres lois, nommées *leges municipales;* les cités n'étaient pas obligées d'obéir aux lois de Rome, à moins qu'elles-mêmes ne les eussent adoptées, *nisi fundi fieri vellent.* — *Antiq. Rom.*, Adam, § 1er, *pag.* 107. — Par la loi Julia *de Civitate sociis et Latinis danda*, un des ancêtres de César fit accorder le droit de cité aux Latins et à tous les Italiens qui voudraient l'accepter, *qui ei legi fundi fieri vellent.* — Cic. *pro Balbo*, 8. — Gell., IV, 4. — Adam, 391 — On trouve l'expression de *populos fundos* dans Cic.— Cicéron dit *: loc. cit.*, *Postremo hæc vis est istius et juris et verbi ut fundi populi beneficio nostro non suo jure fiant.* (Voir mon *Histoire du droit*, tome I, p. 195.)

de ses idées primitives : elles étaient appliquées à d'autres objets, mais, dans leurs extensions forcées, elles conservaient d'elles-mêmes le plus qu'il leur était possible.

Par Lucius-Julius-César, l'un des ancêtres du Dictateur, tous les peuples de l'Italie avaient été placés au sein de la cité romaine (663), et, par un effet corrélatif, toutes les terres de l'Italie furent marquées d'un caractère spécial et privilégié, à l'égard des terres provinciales; elles furent mises dans la classe des *res mancipi* que les citoyens seuls pouvaient posséder, et jouirent de tous les priviléges attachés à cette classe de choses[1] : les fonds italiques eurent dès lors leur droit de cité comme les habitants de l'Italie. Il en fut de même des habitants et des terres dans les villes ou les contrées auxquelles fut accordé le *jus italicum*[2]. Alors comme auparavant, comme toujours, la correspondance s'établit dans la condition des personnes et des propriétés.

Les étrangers ne pouvaient avoir la propriété romaine *ex jure quiritario;* ils n'avaient que la possession *in bonis*, la simple détention de fait : aussi ne pouvaient-ils légalement posséder que les choses *nec mancipi;* ils acquéraient, ils possédaient *ex jure gentium;* ils ne pouvaient dès lors acquérir par l'usucapion, qui était un mode d'acquérir du droit civil. Toutes les terres étrangères au territoire latin, italien, sicilien et aux autres contrées jouissant du droit de Latinité ou du *jus italicum*, étaient choses *nec mancipi*[3], comme tous les sujets de la république, non

[1] Les terres italiques faisaient partie de la propriété romaine, *ex jure quiritario*. Elles étaient nommément comprises dans le *cens* (*vid.* Cic. *pro Flacco*, n° 32) :

« *Sint ne prædia censui censendo, habeant jus civile.* » Elles ne pouvaient être aliénées qu'avec la forme solennelle de la mancipation, *per æs, et libram*. Les biens situés dans les pays qui avaient le *jus italicum* étaient dits *in solo italico*. — Pline. — Adam, I, 104.

[2] Heineccius Antiq., liv. II, n° 18.

[3] Notre vieux jurisconsulte français Loyseau (*Du Déguerpissement*, liv. I, n° 10) avait très-bien vu les choses :

« Quand les Romains conquéraient une province, *fisco suo addicebant*

romains, italiens, étaient étrangers ou provinciaux : les personnes et les choses avaient la même qualité[1].

La ligne de démarcation qui existait entre les citoyens et les non-citoyens dans l'ordre de la propriété existait aussi relativement aux droits de famille, aux droits de testament et de succession, aux formes des obligations et à la juridiction.

La prohibition des mariages qui était établie antérieurement entre les patriciens et les plébéiens s'était déplacée; la barrière était posée entre les citoyens et les étrangers; ceux-ci ne pouvaient contracter à Rome un mariage qui eût les effets civils du mariage romain.— Cependant, si la famille romaine avait conservé l'empreinte du caractère originel que lui avaient imprimé les mœurs patriciennes des premiers âges, cette empreinte s'était bien usée sous la main du temps. Le citoyen romain avait seul encore la puissance paternelle, selon le droit civil, mais celle-ci avait perdu son âpreté primitive, et le droit d'exhérédation ne pouvait plus être tacite. — La puissance maritale (*manus*) n'avait son caractère absolu que dans les mariages par *coemption*, ou dans ceux par *confarréation* pratiqués surtout par les citoyens voués aux fonctions du sacerdoce. Le mariage libre *per usum* offrait à la femme une liberté dont elle se montrait avide.

Le citoyen romain était seul capable de transmettre, de recueillir l'hérédité civile; l'étranger ne pouvait avoir que la possession de biens donnée par le préteur pérégrin.

Le citoyen avait seul le droit de faire un testament; le tes-

« *possessiones omnes quoad imperium tantum, non etiam quoad dominium.*
« Les terres étaient appelées *possessiones ceu res nec mancipi quod*
« *earum possessores optimo jure ceu jure Quiritium domini earum amplius non essent.* »

[1] Ulpien était de Tyr, ville qui jouissait du *jus italicum*, et il était originairement investi des droits de citoyen qui furent accordés par la constitution de 212 à tous les hommes ingénus de l'empire (*voir* liv. L, *in princip. Pandectes* de Pothier).

Sur les provinces, voir mon *Histoire du droit*, tome I, p. 188 et 210.

tament ne se faisait plus seulement au sein des comices ou à l'armée, *in procinctu*, comme sous la loi des douze tables; il se faisait selon la forme des contrats *per æs et libram* et la mancipation fictive de la famille. Les héritiers *siens* n'étaient plus assimilés aux héritiers *nécessaires*, ils avaient le bénéfice d'abstention[1]; l'esclave seul subissait ce dernier caractère. Si le testateur avait exhérédé ses enfants sans cause, le testament pouvait être attaqué comme inofficieux devant le tribunal des centumvirs. — Si les legs et fidéicommis épuisaient la succession, l'héritier institué pouvait retenir le quart sur les uns et sur les autres; dans le premier cas, c'était la *quarte falcidie;* dans le second, ce fut plus tard la *quarte trébellianique*. Afin d'assurer encore l'effet des testaments, les substitutions *vulgaire* et *pupillaire* furent admises en cas de prédécès de l'héritier ou du fils impubère institué.

L'étranger n'avait pas le droit de testament; mais le droit prétorien, pour empêcher l'effet de la prohibition qui aurait été nuisible au citoyen romain, autorisait en faveur de l'héritier désigné la possession des biens *secundum tabulas*. Des fictions venaient ainsi au secours du citoyen pour lui rendre, sous un autre forme, ce que le droit civil, dans ses termes rigoureux, lui aurait enlevé en haine de l'étranger.

Sous la loi des douze tables, le système des obligations était d'une sévère simplicité. On ne connaissait qu'une seule nature d'obligation, l'obligation civile, *nexum*, laquelle naissait d'un contrat ou d'un délit. Le *jus nexi* contenait à la fois le droit du créancier et l'obligation corrélative du débiteur qui engageait sa foi, sa liberté, sa personne.

La forme primitive et générale de l'obligation civile était celle même de la mancipation, *per æs et libram*[2]. La solennité des paroles était une règle fondamentale (*uti lingua nuncupassit ita*

[1] Gaïus, II, §§ 158, 160, et mon *Hist. du droit*, tome I, p. 129.
[2] V. mon *Histoire du droit*, tome I, p. 140.

jus esto); et la solennité de la parole a donné lieu, dans la suite, au contrat verbal, à la stipulation qui est devenue le lien contractuel entre les citoyens et les étrangers, par l'emploi de l'interrogation et de la réponse : dari Spondes? dari Promittis? — *Spondeo*, pour les citoyens; *Promitto*, pour les étrangers. — Puis le droit non écrit et le droit prétorien ont introduit les contrats réels, les contrats consensuels et les obligations honoraires. Les contrats réels et consensuels furent permis indistinctement aux étrangers : ils étaient regardés comme contrats du droit des gens.

Pour l'exercice des actions dérivant des contrats, le préteur de Rome, à l'égard des citoyens, disait le droit, donnait la formule et renvoyait au juge la connaissance du fait, *judicium*, et la condamnation. — Les centumvirs jugeaient les questions de propriété romaine et d'hérédité.

A l'égard des étrangers, le préteur *peregrinus* nommait un arbitre (*arbiter honorarius*), qui, n'étant juge que d'actions de bonne foi, n'était enchaîné par aucune forme particulière; ou il renvoyait devant les récupérateurs, si l'action intéressait en même temps des citoyens et des étrangers.

Ainsi, dans cette troisième période, la distinction des citoyens et des étrangers se portait sur tous les points du droit civil; mais de cette opposition même et de ce parallèle continuel naissaient des idées nouvelles, des vues de perfectionnement. Le droit prétorien s'enrichissait du tribut que lui apportait le droit des nations étrangères, et le *sum civis romanus* ne perdait rien de son prestige en devenant le titre commun à un grand nombre d'habitants de la province.

§ IV. — PROGRÈS DES IDÉES ET SIGNES AVANT-COUREURS D'UNE AUTRE ÉPOQUE. — CICÉRON.

De nouvelles sources de législation s'ouvrirent; de nombreux plébiscites, dont témoignent les Institutes de Gaïus, concoururent avec les édits des préteurs et des autres magistrats à pourvoir aux besoins nouveaux de la société civile de Rome.

Dans l'âge mûr de Cicéron, la loi des douze tables, que jeune on lui avait fait apprendre de mémoire, était reléguée parmi les souvenirs antiques. L'orateur romain, quoique admirateur du droit civil de ses pères, fut celui qui contribua le plus à en précipiter la décadence dans l'opinion même du forum, par l'application de l'éloquence aux affaires judiciaires. Tout le monde sait qu'il se raillait ouvertement des formules, des pantomimes allégoriques et du respect superstitieux des jurisconsultes pour la lettre d'une loi morte. Lui, consul, il attaquait le jurisconsulte dans la sévérité de son esprit, même dans l'austérité de ses mœurs, et il faisait rire le peuple du forum aux dépens de Caton [1]. A cette époque, les idées philosophiques de la Grèce avaient fait invasion dans la société romaine. Le matérialisme d'Épicure avait enfanté le monument poétique de Lucrèce. Par l'éloquence du jeune César, défendant les complices de Catilina, il avait pris place dans le sénat romain : il avait lutté contre Caton dont la grande âme sympathisait avec le spiritualisme, jeune encore, des stoïciens. Cicéron, sans s'attacher à une doctrine spéciale, traduisait les idées philosophiques dans leurs nombreuses variétés; et, par son langage clair, harmonieux, il les rendait plus accessibles à la jeunesse romaine. De son côté, le jurisconsulte Sulpicius commençait à introduire le raisonnement dans le droit. La science ne fut pas créée, mais l'instrument de la science fut une première fois appliqué. La tradition, l'usage, l'autorité des textes, ne furent plus l'unique base du droit civil. L'orateur de Rome, d'un génie si abondant et si élevé, entrevoyait la loi naturelle dans sa pureté; il en donnait une magnifique définition qui excitait dans les assemblées publiques un long tressaillement [2]; et, quoiqu'il ne l'appliquât expressément,

[1] Caton disait dans un sens un peu équivoque : *Ridiculum* habemus consulem.

[2] Cicéron le dit en rappelant sa phrase de la Milonnienne, *est lex non scripta, etc.* Il attribue cette impression profonde à l'*harmonie* de sa phrase ; on peut croire que la *pensée* fit plus d'impression encore que l'euphonie sur le peuple romain.

dans ses œuvres oratoires, qu'au droit de défense légitime, on voit dans ses ouvrages philosophiques qu'il en pressentait l'empire et la nécessité dans la société civile. Il la regardait, sous le nom d'équité, comme le fondement du droit. Quand il fait l'éloge de Servius-Sulpicius, dans la neuvième Philippique, il dit de lui : « Il ne donnait « pas plus au droit qu'à la justice; il rapportait le droit civil à l'é- « quité : *Qui non magis juris quam justitiæ consultus esset et jus* « *civile ad æquitatem referret.* » — Dans ses œuvres philosophiques, il revient souvent à cette pensée exprimée au traité *de Officiis* : « Le droit est identique à l'équité, autrement il ne serait « pas le droit : *jus enim semper quæsitum est æquum, neque* « *aliter jus esset*[1]. » Au livre premier de la République, il se demande d'où vient le droit des gens, et même ce qu'on appelle le droit civil, et il les fait dériver de la même source que la justice, la foi, l'équité[2].

« La justice, dit-il encore[3], regarde le monde entier, elle brille, « elle se répand sur lui; *Justitia foras spectat, et projecta tota* « *est, atque eminet.* » — Dans la bouche de l'interlocuteur Philus, il met une diatribe pleine de verve contre la justice et le droit civil; il lui fait dire d'avance ce que Montaigne et Pascal ont mis si fortement en saillie sur la justice légale de leurs siècles; mais il y répond, sous le nom de Lælius, par cette admirable exposition de la loi naturelle, qui est citée partout : « *Est quidem vera lex,* « *recta ratio, naturæ congruens, diffusa in omnes, constans,* « *sempiterna*... Il est une loi vraie, rationnelle, conforme à la « nature, commune au genre humain, invariable, éternelle !... »

Ainsi, au milieu d'institutions diverses dans leurs principes, hostiles dans leur existence; au milieu des discordes civiles qui déchirent Rome et par elle l'univers connu, Cicéron proclame une loi nouvelle pour les Romains, et cependant éternelle; il en pose

[1] *Philippica nona*, c. v. — *De officiis*, lib. II.
[2] *Unde jus aut gentium aut hoc civile quod dicitur?.....*
Unde justitia, fides, æquitas. — (*Rep.* lib. I.)
[3] *Republ.*, lib. III, nº 4; édit. V. Leclerc, t. XXIX, p. 294.

les fondements dans ses traités de la République et des lois inspirés surtout par la philosophie stoïcienne; et bientôt la lumière de cette philosophie, plus sévère que la philosophie générale de l'orateur, descendra dans la science et la pratique du droit civil. Cicéron est comme l'éloquent précurseur de cette victoire du Droit naturel. C'était alors aussi que, dans ses méditations tout à la fois historiques et platoniciennes, il prêtait à Scipion son rêve politique de l'union des trois pouvoirs; rêve prophétique du gouvernement représentatif, mais, dans les profondeurs de l'avenir, bien autrement éloigné du règne d'Auguste qui va s'ouvrir, que la loi rationnelle appliquée à la société civile.

Une quatrième époque va donc surgir dans l'histoire du droit! Le droit civil de Rome, après avoir passé successivement, 1° du droit pontifical au droit des douze tables; 2° du droit des douze tables à son alliance avec le droit prétorien; 3° de cette alliance à la distinction fondamentale du droit des citoyens et du droit des étrangers, le droit civil de Rome ira de plus en plus se confondre dans le droit des gens, *in jure gentium!* C'est le droit naturel et rationnel qui marchera désormais à la conquête de la société sous le nom propre et immortel de Droit romain.

Nous l'avons dit en commençant : entre le droit civil de Rome et le droit romain, il y a toute une révolution politique et sociale, philosophique et religieuse.

Nous sommes au terme de la révolution politique et sociale; nous touchons au seuil de la révolution philosophique et religieuse.

FIN DU LIVRE PREMIER.

LIVRE DEUXIÈME

LE DROIT ROMAIN

LE CHRISTIANISME ET LE DROIT GERMANIQUE

§ I. — SPIRITUALISME DU DROIT ROMAIN. IDENTITÉ DE PRINCIPE AVEC LE CHRISTIANISME.

Alliance du droit romain et du christianisme pour la régénération et la civilisation des peuples.

Le règne d'Auguste est sur la limite de deux mondes : l'un finit, l'autre commence. La domination des arts, des lettres, des idées de la Grèce, dans la sphère intellectuelle, et l'empire que Rome, dans la sphère extérieure, exerce par la puissance des armes sur les peuples connus, sont, l'un et l'autre, à leur apogée. Cicéron, Virgile, Horace, Tite-Live, ont, par l'imitation, réfléchi dans Rome l'éclat du génie grec ; la philosophie d'Épicure ou le matérialisme y a desséché les croyances et corrompu les mœurs : par sa conquête de l'Arménie, Auguste a donné pour barrière aux Parthes la puissance romaine; il a ainsi accompli indirectement la dernière pensée de Jules-César; — Voilà pour le passé.

Mais à Rome, mais dans l'Orient, mais dans le nord inconnu

de l'Europe, déjà se lèvent en même temps, comme sur un triple horizon, les principes nouveaux auxquels appartient l'avenir de l'humanité.

Le Droit romain s'associe fortement, par Labéon, à la philosophie stoïcienne;

Le Christ naît l'an 754 de Rome, à la même époque où naît pour la science l'école de Labéon ;

Et dans les forêts de la Germanie les Romains ont essuyé le désastre de Varus, qui présage de loin la grande victoire des peuples du nord.

Le Droit romain,

Le Christianisme,

Les Barbares :

Voilà les éléments du monde futur, c'est-à-dire un principe nouveau, le spiritualisme, va dominer le monde intellectuel, et des hommes nouveaux vont dominer le monde extérieur, en subissant l'action lente, mais victorieuse, du principe spirituel.

Et admirons ici le rapport sublime qui élève le Droit romain à une si grande hauteur dans l'ordre de la civilisation moderne !

Le Droit romain, dans la société civile, va marcher de front avec la foi du Christ dans la sphère religieuse, pour pénétrer et maîtriser les nations. Il dépouille, par les lois Juliæ, les maximes étroites, les restes des formules sacramentelles, les traditions de l'antique esprit du patriciat et de la cité jalouse [1]; il met la cession de biens à la place de l'esclavage pour les débiteurs insolvables; il proclame l'égalité de nature entre les hommes; « *Quoad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt* [2]; « — *Natura communis est* [3]. — *Servitus est juris gentium* « *constitutio qua quis dominio alieno* CONTRA NATURAM *subjici-* « *tur* [4]. — Les hommes doivent se considérer comme unis par

[1] Les *actions de la loi* furent abolies par les lois *juliæ judiciariæ*, qui établirent aussi la cession des biens.

[2] L. XXXII, *de Reg. Juris.*

[3] L. XII, § 4, *de Accusat.*

[4] L. IV, § 1, *de Stat. Hom.*

« les liens d'une véritable parenté : *cognationem quamdam inter* « *nos natura constituit*[1]. » — L'école des Proculéiens fonde scientifiquement le droit sur la raison[2]. Le chef de cette école novatrice Antistius Labéon, les jurisconsultes depuis Proculus qui a donné son nom à la secte jusqu'à Papinien, Ulpien et Paul qui ont ramené les branches diverses à l'unité, les plus grands jurisconsultes sont sortis du sein de la philosophie stoïcienne. Or qu'est-ce que le stoïcisme appliqué à la philosophie du droit? — Un principe spiritualiste, une doctrine morale, élevée, sévère, qui dédaigne et brise les doctrines et le joug du principe matériel, qui proclame l'égalité de l'homme vis-à-vis de l'homme, qui associe l'âme humaine à la nature de Dieu[3]. — La philosophie stoïcienne, issue de la révolution socratique, était restée oisive dans les doctrines variées de la Grèce ; elle avait disserté sous le portique sans régénérer les esprits. A Rome, et dans les grandes âmes seulement, le stoïcisme avait lutté vainement contre les puissances nouvelles et fourni à l'orateur romain les bases générales d'une philosophie du droit avant l'ère qui commence. Mais, quand naît la religion du Christ, quand le principe spirituel se lève dans sa plénitude sur le monde des intelligences et sur le monde extérieur, alors le stoïcisme entre dans la sphère de l'action et de l'avenir; et, chose bien remarquable, il en est ainsi du platonisme, qui flottait à la surface des intelligences comme une vague et brillante théorie : il devient, lui aussi, une force ci-

[1] L. III, *de Just. et Jure.*

[2] « Le principe des jurisconsultes, qui est la raison, n'est point sujet au « changement, ni à la corruption ; c'est un rayon de la divinité que Dieu a « communiqué aux hommes. » (Claude de Ferrière, *Prolégomènes sur la* « *coutume de Paris.*)

Leibnitz disait des lois romaines :

« *Ego Digestorum opus vel potius auctorum unde excerpta sunt fragmente labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive* « *dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.* »

[3] *Quid est eques romanus, aut libertinus, aut servus? Nomina ex ambitione aut injuriâ nata.*

Senec., Ép. 31, n. 2.

vilisatrice. Mais dans leur mode d'action existe une grande différence : le stoïcisme, doctrine de philosophie morale et pratique, devient la doctrine fondamentale du droit et de la société civile ; le platonisme, doctrine métaphysique et méthode d'induction, sera dans l'ordre de la société religieuse, et, par les Pères de l'Église, un grand moyen de propagation pour la foi chrétienne. Ainsi se déclare avec éclat l'affinité naturelle de ces doctrines philosophiques avec le principe nouveau, à la puissance duquel est livré le mouvement de la société humaine.

Le Droit romain, partie agissante du stoïcisme, *raison civile* des sociétés futures, selon la belle expression de Lemaistre[1], aura ses apôtres et même ses martyrs. A côté des empereurs qui épouvantent le monde de tous les débordements de l'élément matériel, dont le christianisme est venu purifier la terre; de Tibère à Héliogabale qui résument l'immoralité de l'occident et de l'orient, s'élèvent les jurisconsultes Nerva, Cassius et Proculus; Gaius, Paul et Pomponius ; Ulpien, préfet du prétoire; Tertullien, jurisconsulte avant d'être père de l'Église ; et Papinien, que saint Jérôme comparait à saint Paul, qu'il regardait comme le droit civil personnifié, et qui mourut égorgé par les soldats de Caracalla, pour expier son refus de sacrifier au fratricide[2].

Le Droit romain pénétrait par tout le monde connu en même temps que le Christianisme et avec moins d'efforts. Dans une période de trois siècles, il produisit ses œuvres et ses grands hommes, laissant aux âges suivants de l'Empire le labeur des compilations. Son principe vivifiant, la philosophie morale du stoïcisme, se répandit même hors de lui. Dans la carrière de l'ambition, il éleva l'intelligence et le cœur de quelques hommes généreux, et disputa la pourpre impériale au despotisme militaire des prétoriens. Sur ce trône de l'univers, souillé par les Caligula, les Né-

[1] Douzième plaidoyer de Lemaistre, depuis devenu l'un des solitaires de Port-Royal.

[2] Voir le discours préliminaire qui est en tête des *Pandectes* de Pothier.

ron, les Domitien, les Commode, il montra les Trajan, les Antonin, les Marc-Aurèle : contraste frappant, qui est l'image de ce combat qui se livre alors partout entre l'esprit et la matière ; combat acharné, où le polythéisme ranime toutes ses puissances pour étouffer le christianisme.

Le Christianisme naissant, et fort dès sa naissance par la vertu de son principe, a semé ses dogmes d'émancipation dans ce monde romain, asservi à l'homme et à la volupté des sens. Il les a fait pénétrer d'abord dans la classe obscure des faibles, des pauvres, des esclaves; et puis il attaque les hauteurs de la société; il proclame sa mission. Il est venu pour relever l'homme abattu par l'homme, lui rendre sa patrie *spirituelle*, sa dignité d'un être *égal* à son *semblable;* il affranchit l'esprit en montrant son mépris pour la vie sensuelle et pour les douleurs physiques; il triomphe par le martyre en révélant la supériorité de l'esprit sur la chair. Dans l'ordre intellectuel, il attire à lui les doctrines qui s'étaient alimentées de la séve spirituelle, mais qui languissaient stériles comme des branches séparées de leur tige, et il leur communique le principe de vie et d'action. Le platonisme, en passant par le génie et la foi des Pères de l'église, ramène graduellement, par l'induction, les convictions rebelles, comme plus tard l'aristotélisme, méthode de syllogisme et de déduction, s'alliera au catholicisme du moyen âge pour creuser profondément dans le cercle des dogmes enseignés par l'église. Après avoir inondé le Colysée du sang de ses martyrs, après avoir répandu les flots de sa doctrine spirituelle par les Apôtres et leurs disciples, par les papes et les premiers pères, après avoir lutté sous toutes les formes contre l'élément du passé, et propagé ses idées dans tous les rangs de la société, le christianisme monte enfin vainqueur avec Constantin sur le trône de l'univers. Le premier édit qui autorisait le culte des chrétiens, sous Alexandre Sévère, était de l'an 222; et celui qui avait appelé tous les sujets nés libres dans l'Empire à la jouissance des droits de cité romaine était de l'an 212 : il n'avait précédé que de dix années! Cent ans après, en 313, l'édit de

Licinius et de Constantin accordait aux chrétiens une liberté entière[1].

Ainsi, lorsque les peuples du Nord, poussés par les masses de l'Asie et le bras irrésistible de la Providence, viendront faire invasion dans le monde civilisé, le Droit romain et le Christianisme, principes spirituels, domineront les intelligences; et, quand deux siècles de migrations auront jeté des torrents d'hommes nouveaux dans cette société, tellement vieillie, que l'esprit du christianisme avait changé les idées des masses sans en changer les mœurs trop profondément corrompues, quand les flots auront cessé de pousser les flots, qu'il n'y aura plus de flux et de reflux de barbares dans l'Europe occidentale, naguère toute romaine, alors s'opérera une lente et forte élaboration des trois éléments maîtres de l'avenir; et du droit romain, du christianisme, de la barbarie combinés ensemble, et avec les mœurs des provinces démembrées de l'Empire, sortiront successivement l'Europe du moyen âge et l'Europe moderne.

Cette alliance du droit romain et du christianisme dans l'œuvre de la régénération est une vérité que l'histoire justifie, et que les Pères de l'Église, les chefs même du catholicisme, ont entrevue. On lit en effet dans les Constitutions apostoliques, attribuées à saint Clément, ce passage remarquable : « Dieu n'a pas seulement « choisi les apôtres pour répandre la lumière de sa justice dans « le monde, il a voulu aussi la faire briller et resplendir par les « Romains (*neque vero vult ut per nos tantum lex justitiæ eni-* « *teat, sed voluit ut per Romanos quoque luceret et splendeat*[2]). » Et le pape Jean VIII, au neuvième siècle, s'adressant à Louis II, roi de France et empereur d'Occident, lui recommande d'avoir une grande vénération pour *les lois romaines qui ont été promulguées par l'esprit de Dieu* : « *Sed venerandæ romanæ leges divinitus*

[1] Gibbon, ch. XIV, p. 225; G. Hugo, II, 74. — *Dig. de statu hominum.* Fleury, *Hist. eccl.*, tome II, liv. IX, n° 46.

[2] *Const. apost.*, lib. VI.

« *per ora principum promulgatæ*[1]. » La religion est donc d'accord avec cette vue de la philosophie de l'histoire, et nous ne devons pas craindre de nous égarer en recherchant l'action, en constatant les résultats de cette alliance providentielle dans la formation et l'histoire progressive du Droit français.

§ II. — LE DROIT ROMAIN ET LE DROIT GERMANIQUE DANS LES GAULES.

Les Gaules, après la conquête de César, ne furent point immédiatement assujetties aux lois politiques et civiles du peuple vainqueur. C'est par degrés que tombèrent les constitutions aristocratiques des 115 cités gauloises, et qu'elles furent remplacées par les institutions que Rome appliquait aux provinces de l'Empire. Quelques cités importantes et plusieurs colonies dans la Gaule méridionale furent admises d'abord à la jouissance du droit de Latinité ou du droit italique. Lyon, Vienne, Aix, Nîmes, Narbonne, Toulouse, et probablement Bordeaux, furent de ce nombre : celles-ci avaient leurs magistrats particuliers, duumvirs ou consuls, qui rendaient la justice; mais leurs jugements relevaient en appel du président de la province. Les autres villes étaient des municipes ou curies qui n'avaient pas de magistrats propres pour l'administration de la justice; la juridiction était exercée par des lieutenants du président ou gouverneur dont les jugements étaient seulement en première instance[2]. C'est sur ces villes, et même sur les bourgs de la Gaule, que s'étendait l'institution uniforme des décurions, organisation municipale qui devint plus tard, par les exigences de l'empire, les rigueurs de l'impôt et la solidarité des membres de la corporation, une tyrannie insupportable et pour ceux qui l'exerçaient et pour ceux qui en subissaient l'exercice.

[1] *Can... Caus.* 16, *quæst.* 4, et Bretonnier, p. 52, note 6, œuvres d'Henrys, t. I.

[2] *Voir* Savigny pour les preuves, t. I, p. 50 et suivantes, et mon *Histoire du droit*, tome II, livre III, *époque gallo-romaine.*

Avec les institutions politiques, municipales et judiciaires, avec les mœurs et la langue des Romains, s'introduisirent dans les Gaules et s'établirent au-dessus des coutumes celtiques, mais sans les anéantir, les lois civiles de Rome qui, par l'impulsion des stoïciens, avaient gravité vers le droit naturel et social. Par l'édit du troisième siècle, tous les habitants de l'Empire ayant été admis aux droits de citoyens, il n'y eut plus de distinction entre les Romains et les étrangers, mais seulement entre les citoyens et les affranchis; et la distinction relativement à ces derniers n'exista réellement qu'à l'égard des affranchis *Latins-Juniens*, qui ne jouissaient point de la plénitude des droits civils, mais de ceux des anciens Latins, réduits encore sous Tibère par la loi Junia-Norbana, d'où vint la dénomination de Latins-Juniens. Ils avaient de moins que les anciens Latins le droit de tester; ils vivaient libres et mouraient esclaves : leurs patrons étaient leurs héritiers. Cette classe des Latins-Juniens prit de l'importance en se répandant parmi les esclaves de la campagne, et sans doute elle concourut à former la condition intermédiaire des *Colons* qui furent destinés à la culture des terres.

Les lois romaines sur les droits et la qualité de citoyen devinrent donc, sauf l'exception des affranchis, communes à toutes les provinces; et ce grand résultat ne fut pas dû, de la part de l'empereur, à une vue législative, mais à la cupidité du meurtrier de Papinien : ainsi, dans des siècles postérieurs, le besoin d'argent enfantera la liberté des serfs et des communes. Le résultat, quoique découlant d'une source impure, l'édit de Caracalla, fut acquis à la société romaine; et il le fut précisément à une époque où la science du droit avait jeté le plus vif éclat. Elle s'était attachée à développer les édits des préteurs, les nombreux plébiscites et les sénatus-consultes qui avaient des rapports avec les droits de famille, de propriété, de succession. Elle avait produit, sous Adrien, la première collection qui rappelât la loi des douze tables, l'édit perpétuel, rédigé en 117, par Salvianus-Julien. Le jurisconsulte, recueillant les richesses des édits de la république et de l'empire, y avait

ajouté le fruit des progrès que l'école spiritualiste, à laquelle il appartenait, avait fait faire au droit. L'édit perpétuel était devenu l'édit provincial. Autour de cette loi renouvelée s'étaient groupés les nombreux commentaires des sectes sabinienne et proculéienne; mais, comme les sources de la législation étaient diverses, obscures et confuses dans leur ensemble, les jurisconsultes composèrent des traités sur d'importantes matières : la théorie de la science se perfectionna principalement entre les mains de cinq des plus éminents d'entre eux, Papinien, Paul, Gaïus, Ulpien et Modestin. Les écrits de ces hommes illustres acquirent une autorité prépondérante devant les tribunaux; la constitution de Valentinien III, qui plus tard (vers 426) leur donna force de loi, et en cas de partage assura la suprématie à Papinien, ne fit évidemment que déclarer et sanctionner un fait préexistant[1]. Si les grands ouvrages sur le droit ne pouvaient pas se trouver dans toutes les mains, à cause du prix des manuscrits, des abrégés précieux en résumaient et propageaient les principes; les institutes de Gaïus, que Niebuhr a retrouvées à Vérone en 1817, étaient partout répandues, principalement dans les Gaules. Les idées de plus en plus rationnelles des jurisconsultes avaient circulé dans les esprits; elles avaient pénétré naturellement dans une société où les droits individuels et civils avaient seuls de l'importance depuis la chute de la république : les provinces en avaient ressenti l'influence, lorsque les lois civiles de Rome devinrent communes à l'Empire, et qu'ainsi tomba la dernière barrière entre les diverses parties constitutives de son immense territoire.

Après ce siècle de la science du droit, qui porte dans son histoire le nom de siècle d'Alexandre-Sévère, il y eut des compilateurs, il n'y eut plus de grands jurisconsultes. La science avait

[1] *Cod. theod.*, lib. I, tit. IV, *De Responsis Prudentum.* L'empereur y déclare aussi que les sentences de Paul doivent toujours être en vigueur, *Pauli quoque sententias semper valere:* et les sentences ont été jointes au Code romain d'Alaric.

Voir mon *Histoire du droit*, tome II, ch. v, § 4, p. 385.

comme atteint sa dernière limite, dans l'état donné de la société romaine; et, le siége de l'empire étant transporté à Constantinople, le droit romain, dépositaire pur et fidèle de la langue latine, se trouva comme dépaysé au milieu de ces mœurs orientales, et sous l'influence de cette langue grecque qui n'était pas faite pour lui. Aussi ne vit-on plus que des recueils. Les empereurs prodiguèrent les rescrits, simple réponse interprétative du droit, et puis des constitutions nouvelles. Trois collections se suivirent de très-près ; les deux premières embrassèrent les constitutions des empereurs païens, à partir d'Adrien, ce sont les codes Grégorien et Hermogénien; la troisième renferma les constitutions promulguées depuis Constantin jusqu'à Théodose, c'est le code Théodosien, publié en 438 : ce dernier eut une grande autorité dans les Gaules. La partie méridionale du pays en fut plus profondément pénétrée que les autres contrées éloignées du foyer de l'Italie et de l'Orient[1].

La conquête des Visigoths, qui se porta vers le Midi, n'abolit point l'autorité de la loi romaine; cette loi était entrée dans les mœurs; et une invasion de barbares (l'histoire l'a prouvé) n'anéantit point les lois civiles d'un peuple, si le peuple n'est pas anéanti, comme il le fut en Afrique par les Vandales. Un état avancé de civilisation avait fait naître des rapports compliqués, auxquels ne pouvaient s'adapter les usages simples et les rudes institutions des vainqueurs. Les Goths, admirateurs de la civilisation des Romains, se soumirent à la loi civile des vaincus au lieu de l'abolir. Alaric II, qui avait le siége de son royaume à Toulouse, fit d'abord rédiger un code dont la source était toute romaine; les Lois visigothiques furent postérieures. Il le fit publier en 506, un an avant la bataille de Vouglé, près de Poitiers, où il fut tué par Clovis : ainsi le barbare léguait au barbare, en lui cédant la terre conquise, un code de lois romaines.

[1] Cod. theod. Prolegom. Gothof., cap. 1, de historia et compositione codicis theodosiani.

Le choix des édits impériaux fut fait par une commission présidée, dans la ville d'Aire, par le comte Goiaric : il fut accompagné d'une interprétation qui modifiait quelquefois le texte par les usages suivis dans la Gaule du Midi. Le code nouveau, sous le titre de *Lex romana Visigothorum*, fut discuté et adopté dans une assemblée des évêques de la Narbonnaise et des Élus provinciaux. Le *Commonitorium* ou préface, qui se trouve en tête de plusieurs manuscrits authentiques, en fait foi. Les rédacteurs joignirent au code, une collection de Novelles, un épitome de Gaïus, les sentences de Paul, des fragments du code Grégorien et Hermogenan, destinés à compléter la Loi.

Le code a pris dans les temps modernes le titre de *Breviarium Aniani*, mais Anien, qualifié dans la préface de *Vir Spectabilis*, n'était que le Référendaire qui certifiait les exemplaires officiels[1].

Alaric II, qui régnait depuis l'an 484, mais qui avait maintenu l'arianisme des Goths à Toulouse, n'eut que le temps de publier le code avant sa chute. Il annonce dans la préface qu'il a *corrigé* les lois romaines. Cependant l'esprit d'équité, qui faisait le fond de ces lois, survécut aux imperfections du recueil, assez puissamment pour protéger le sort des peuples. On est même autorisé à croire que le roi des Visigoths avait senti l'avantage de l'uniformité des lois; il est dit dans le *Breviarium* « qu'il est défendu d'alléguer « d'autres lois et d'autre droit que ceux renfermés dans le livre « souscrit de la main du respectable Anien[2]. » Cela nous prouve qu'alors n'était pas établie, dans le midi de la Gaule, la distinction des lois personnelles qui eut dans la suite tant d'importance et de

[1] V. Savigny, *Hist. du D. R. au moyen âge*, t. II, p. 28, et mon *Hist. du droit*, tome II, p. 390, 404, tome III, p. 109, et tome V, p. 520, sur la Loi visigothique qui est la loi germaine des Visigoths et qui ne doit pas être confondue avec le code d'Alaric.

Voir pour les textes du code d'Alaric l'édition admirablement préparée et dirigée par Hænel. (In-f., 1828, Leipsick.)

[2] « *Nec aliud cuilibet aut de legibus, aut de jure liceat in disceptatio-* « *nem proponere, nisi quod directi libri et suscripti viri spectabilis Aniani* « *manu, sicut jussimus, ordo complectitur.* »

généralité. Athalaric, roi des Goths, de 526 à 531, dans la partie non conquise par Clovis, écrivait au sénat de l'Empire que les Romains et les Goths usaient du même droit[1].

Les Visigoths cependant eurent leur loi germanique, dont la rédaction a commencé aussi à être rédigée dans le sixième siècle, et qui est devenue, après bien des remaniements, le code visigothique, le *Forum judicum*, et en castillan *Fuero juzgo*. Mais cette Loi ne reçut d'exécution que dans la partie de la Septimanie qui resta aux Visigoths après la victoire de Clovis, et qui fut appelée la Gothie. Son éditeur, M. Blüme, l'attribue au roi Reccarède vers la fin du sixième siècle, après l'abandon de l'arianisme par les Visigoths, dans le concile de Tolède de l'an 589. Ce qui est certain, dans tous les systèmes, et démontré par des textes incontestables, c'est que la loi des Visigoths, dite *antiqua*, ou la première rédaction de cette Loi, est postérieure à la rédaction même du Code romain d'Alaric II, et que, si elle a exercé une grande autorité en Espagne, elle n'a eu d'application, de ce côté-ci des Pyrénées, qu'à Narbonne et dans la partie inférieure de la G. ule Narbonnaise (le bas Languedoc[2]).

La Lex Romana d'Alaric fut, comme on l'a dit plus haut, compilée et interprétée de concert avec les évêques du Midi et les élus provinciaux; aussi fut elle immédiatement reçue par les habitants des contrées méridionales, sans être ensuite entraînée dans la chute rapide du pouvoir gothique; et pour la Gaule, elle remplaça même généralement le code théodosien.

Les Francs respectèrent le droit établi; la Loi salique ne fut imposée ni au midi ni même au nord des Gaules; mais dans la plupart des régions conquises le principe nouveau des *lois person-*

[1] *Et Gothis et Romanis apud nos esse jus commune* (Cassiodore).

[2] Voir mon *Histoire du droit*, tomes II, p. 404, — III, p. 109, — et surtout tome V, p. 520 et suiv.

En 1847, M. Blüme a recueilli des fragments de la loi *antiqua* dans un palimpseste de Saint-Germain-des-Prés d'une écriture du sixième siècle. (Voir mon tome V, p. 521.)

nelles s'établit, et abrita cette société confuse où venaient prendre place diverses tribus de la Germanie. La distinction primitive fut celle de la Loi salique et de la Loi romaine. Les Francs suivaient la première; les habitants originaires, devenus depuis quatre siècles Gallo-Romains, suivaient la seconde, mélangée de coutumes locales; et, à mesure que de nouvelles tribus de barbares s'établissaient dans le pays, de nouvelles lois personnelles vivaient à côté des autres. La diversité fut grande. Les Saliens et les Ripuaires eurent leurs lois; les Burgondes et les Visigoths eurent leurs lois; mais tous reconnaissaient que les Romains (on appelait ainsi les habitants du pays) avaient droit à leurs lois civiles : Gondebald, roi des Burgondes, qui publia son code germanique (la Loi Gombette) à Lyon, en 501, ordonnait par édit que les causes des Romains seraient jugées par les lois romaines (*romanis legibus judicari*[1]).

Ce fut vingt-sept ans après la publication du code d'Alaric, et en 533, que les compilations de Justinien parurent dans l'Orient. L'Italie, qui la première avait été envahie par les barbares, rentra sous la domination de l'empereur par les armes de Narsès; et, quoique cette victoire ne fût pas de longue durée, Justinien, qui attachait tant de gloire à ses œuvres législatives et qui vécut plus de trente ans encore après leur émission, eut le temps de répandre à Rome et dans toute l'Italie des exemplaires du Code, du Digeste et même des Novelles; aussi voit-on la novelle 118 régir les successions en Lombardie, d'après le livre émis par l'empereur Justinien (*quem egit Justinianus*), dit le recueil antique des *Quæstiones et Monita*, cité par M. de Savigny[3]. De l'Italie, les collections se sont-elles propagées dans la Gaule? M. de Savigny le pense; mais,

[1] Loi salique, loi ripuaire, loi gombette; elles sont réunies dans le *Codex legum antiquarum*, de Lindebrog, 1613, et avec bien d'autres lois Barbares dans le précieux recueil de Canciani, *Barbarorum Leges antiquæ*, 5 vol. in-f°, 1781.

[2] Il y a deux codes des Bourguignons, la loi Gombette (501) et la lex romana Burgundiorum, vulgairement appelée le *papier*, publiée par Sigismond, fils de Gondebald (517).—Voir mon *Histoire du droit*, tome II, p. 401

[3] *Le Droit romain pendant le moyen âge*, t. I, p. 101.

si les preuves sont abondantes et irrésistibles pour l'Italie, elles lui manquent pour la Gaule; et nous croyons avoir démontré ailleurs par des documents certains que l'abrégé des Novelles de Justinien, traduites en latin par Julien, professeur à Byzance, fut le seul recueil connu et employé dans les Gaules jusqu'à la fin du onzième siècle; que le code Justinien et le Digeste ne sont cités et employés pour la première fois que dans le décret d'Yves de Chartres, recueil de droit rédigé vers le commencement du douzième siècle; que jusqu'alors le droit romain connu et pratiqué dans les Gaules était le droit des codes de Théodose et d'Alaric[1].

Quoiqu'il en soit sur les monuments de la loi romaine, il est certain que la *Lex Romana* a constamment exercé une grande autorité sur les Gaules et sur la France du moyen âge.

Clotaire, fils de Clovis, avait réuni toutes les Gaules sous son empire; et il existe de lui, à la date de l'an 560, une constitution qui veut qu'entre les Romains les causes soient jugées par les lois romaines, *inter Romanos negotia causarum romanis legibus præcipimus terminari*. Par la conclusion de l'édit, il ordonne à ses officiers de juger suivant le droit romain toutes les questions concernant les églises et les ecclésiastiques[2]. Le testament de saint Rémy porte : J'ai fait mon testament selon le droit prétorien (*jure prætorio*). Celui de Hadouin, évêque du Mans, sous Clotaire, contient la clause codicillaire *si quo casu jure civili aut prætorio valere nequiverit*[3]. Il en est de même du testament de saint Yrier, chancelier de Théodebert. Enfin, dans une assemblée tenue en 636 ou 640, sous Dagobert (*in publico Francorum conventu*), les enfants de Sadragesile. comte d'Aquitaine, sont dépouillés de l'hérédité paternelle selon les lois romaines, pour n'avoir pas vengé la mort de leur père; et la disposition des lois

[1] Voir mon *Histoire du droit*, tome IV, livre V, ch. v, p. 274-292 et suiv. (Yves de Chartres est mort en 1115.) Une seule objection pourrait être tirée d'une constitution du pape Jean VIII, au concile de Troyes de l'an 878. — Sur l'objection et la réponse voir mon tome IV, p. 287.

[2] Baluz., *Capitul.*, t. I, p. 7.

[3] Brisson, *Formul.*, liv. VII, p. 766; président Bouhier, I, 383.

romaines, ici invoquée, se trouve dans les sentences de Paul, faisant partie du code d'Alaric[1].

Sous les Rois de la seconde dynastie, les Capitulaires, rédigés par les ecclésiastiques, font de nombreux emprunts aux Novelles abrégées par Julien, seul recueil alors suivi pour le droit de Justinien. Un capitulaire de Charlemagne, qui approuve et cite les lois romaines sur l'inaliénabilité des immeubles appartenant aux églises et aux monastères, est emprunté à la novelle 7, chapitre 1er du Recueil de Julien[2]. Louis-le-Débonnaire dit que les emphytéoses préjudiciables au clergé seront abolies suivant la loi romaine, ce qui se rapporte à la novelle 120[3]. — En 864, Charles-le-Chauve déclare que ses prédécesseurs et lui n'ont voulu autre chose, pour ceux qui vivent sous la loi romaine, que ce qui est compris dans ces mêmes lois[4]. — En 865, il astreint l'échange des biens du clergé à des formalités tirées des Novelles. Dans la réponse qu'il fait au pape Adrien II, il emploie la novelle 133[5].

Sous la troisième dynastie, les Écoles des monastères se multiplièrent : quelques-unes, comme celles de Reims, de Tours, de Chartres et de l'abbaye du Bec en Normandie, devinrent florissantes. L'abbaye du Bec surtout brilla par Lanfranc d'un vif éclat au milieu du onzième siècle; et Lanfranc, originaire de l'Italie, familiarisé avec les lois romaines, comme le prouvent ses écrits, fut le premier probablement qui fit connaître en France les collections de Justinien. Vers l'an 1095, Yves de Chartres, son disciple, s'op-

[1] *Gesta Dagoberti*, Duchesne, tome I, ch. xxxv, p. 582 ; Aimonius, *Hist. Franc.*, lib. IV, cap. xxviii ; Caseneuve, *Franc-Alleu*, liv. I, ch. ii, n° 11 ; *Pauli sententiæ*, lib. III, tit. V, § 10.

[2] *Epitome Novellarum Juliani antecessoris*, rédigé en 570. Il contient cent vingt-cinq ou cent trente et une novelles, selon la diversité des manuscrits. — Voir mon *Histoire du droit*, tome IV, p. 279-285.

[3] Capit. lv; et novelle 120, c. viii.

[4] Caseneuve, p. 40.

[5] Baluz., t. II, p. 183.

posant au mariage illégitime de Philippe I[er] avec Bertrade, cite dans son décret le livre des Pandectes : il y relate et la définition des *noces*, telle qu'elle est dans les institutes, et les termes du § 5 du titre *de Nuptiis*; de plus, dans son décret de *Officiis Laïcorum*, il transcrit plusieurs textes tirés des Pandectes[1].

Ainsi, nul doute qu'avant l'enseignement d'Irnerius en Italie, avant la prise de la ville d'Amalfi, en 1135, où l'empereur Lothaire II retrouva un exemplaire complet des Pandectes, qui est devenu si célèbre sous le nom de Pandectes florentines, la France connaissait et expliquait déjà dans ses principales écoles les lois de Justinien. Mais les Pandectes d'Amalfi et l'école de Bologne furent le foyer de lumière d'où les lois romaines rayonnèrent, aux douzième, treizième, quatorzième et quinzième siècles, sur l'Italie, l'Allemagne, la France, l'Espagne, l'Angleterre, sur toutes les nations, en un mot, qui s'étaient formées des débris de l'empire d'Occident[2].

Nous devrons remonter encore vers les temps antérieurs, mais avec cette conviction, que le Droit romain, dont nous aurons à suivre les traces, est, dans une mesure très-différente selon les époques, le droit de *Théodose* ou d'*Alaric* et le droit de *Justinien*.

Maintenant, nous devons nous occuper plus spécialement du droit germanique et de ses transformations.

§ III — LE DROIT GERMANIQUE ET SES TRANSFORMATIONS.

Charlemagne propagea les lois romaines avec ardeur dans l'immense étendue de son empire ; mais il n'avait pas voulu abroger le droit germanique, et, s'il publia en l'année 788 une nouvelle édition du Code d'Alaric[3], il avait publié vingt ans auparavant,

[1] *Franc-Alleu*, ch. II, p. 39, de Caseneuve. — Voir mon tome IV, p. 301.

[2] L'empereur Lothaire avait fait présent du manuscrit des *Pandectes* à la ville de Pise en souvenir du secours donné en 1135. Le manuscrit passa en 1406 de Pise à Florence victorieuse des Pisans ; ces *Pandectes*, entourées d'un culte presque religieux, furent appelées les *Florentines*.

[3] Voir mon *Histoire du droit*, tome II, p. 402.

en 768, l'année même de son avénement au trône, une nouvelle édition de la Loi salique, connue sous le nom de la *Lex emendata*. Les manuscrits de cette loi corrigée, indiqués dans le savant recueil de M. Pardessus, sont au nombre de 48 [1].

La rédaction latine et primitive de la loi salique fut d'abord promulguée par Clovis avant sa conversion au christianisme, de l'an 481 à l'an 496, et il résulte du prologue et de l'épilogue de la loi qu'après sa conversion, c'est-à-dire de l'an 497 à l'année 511, époque de sa mort, le roi des Francs ajouta un certain nombre de titres. Cet exemple fut suivi par deux de ses successeurs immédiats, Childebert et Clotaire. Un manuscrit de Leyde a permis au savant Pertz, éditeur des monuments de la Germanie, de retrouver les dispositions ajoutées par Clovis à la rédaction première [2].

Le sol natal de la loi salique est la partie nord de la Belgique, entre l'Escaut et le Bas-Rhin, dans cette même Toxandrie où Julien avait permis aux Saliens de résider en l'année 358, et qui fut comme le berceau de la monarchie mérovingienne.

Reconnu roi de Tournai en 481, Clovis régnait dans la deuxième Belgique; en 488, il avait soumis la quatrième Lyonnaise jusqu'aux rives de la Seine et de la Loire; et depuis, jusqu'à l'an 496, époque de la bataille de Tolbiac et de sa conversion au christianisme, Clovis n'avait plus eu de guerre à soutenir. Du nord au sud, sa domination s'était étendue et consolidée dans l'espace de quinze ans de la France Rhénane jusqu'au fleuve de la Loire qui limitait l'Aquitaine. Mais, à l'est, elle s'arrêtait à la forêt Carbonnière qui formait la séparation des Francs-Saliens et des Francs-Ripuaires. C'est nécessairement sur un point de cette vaste région, quand les Francs étaient encore païens, et probablement dans l'intervalle de paix de l'an 488 à l'an 496, que la Loi salique

[1] Voir le Recueil de M. Pardessus des différents textes de la loi salique, p. 265; et mon *Histoire du droit*, t. III, p. 90.

[2] Pertz, *Monumenta Germaniæ*, tome IV, tit. II, § 3; tome III, p. 90; V. mon *Histoire du Droit*, t. III, p. 84.

fut promulguée pour la première fois, afin de régler les rapports des Francs-Saliens entre eux et avec les Gallo-Romains.

La loi des Ripuaires est d'une rédaction postérieure; ce fut Dagobert Ier, roi unique de la monarchie des Francs, de 628 à 638, qui fit rédiger par écrit pour les Francs Ripuaires, les Allemands et les Bavarois, les coutumes qui avaient persévéré jusqu'alors. La rédaction de la loi des Ripuaires indiquée par le prologue (celle que nous possédons) doit être reportée vers l'année 637. Claudius, d'origine romaine, en fut le principal rédacteur : sous son influence, la loi primitive des Ripuaires n'a pas été conservée dans la rédaction du septième siècle avec le même respect que la loi primitive des Saliens dans la révision de Charlemagne[1].

Le grand roi, du reste, avait été frappé des différences qui existaient entre les lois des deux tribus. Éginhard nous apprend qu'il avait eu le projet de les ramener à l'unité, *discrepantia unire;* mais ce projet ne fut pas réalisé. L'une des grandes différences se trouvait dans le combat judiciaire sur lequel la Loi salique gardait le silence, et qui était expressément autorisé par la loi des Ripuaires[2].—La révision ordonnée par Charlemagne n'a point eu pour objet une réforme véritable de la loi salique. Les anciennes dispositions ont été maintenues; quelques dispositions nouvelles avaient surtout pour objet la protection des églises et des clercs.

La loi germanique des Burgondes doit être reportée au temps du roi Gondebald. La rédaction révèle une œuvre successive et non unique, un recueil d'édits ou de lois s'étendant de l'année 501 à l'année 517. Deux *addimenta* accompagent la loi; le second appartient au règne de Godomar, dernier roi des Burgondes (523-534).—La loi, ainsi que les additions, ont été arrêtées dans les assemblées des grands : trente-deux comtes ont souscrit le premier prologue.

[1] Voir mon *Histoire du droit*, tome III, p. 98. — Allemands est pris ici dans le sens restreint d'*Allemanni*, tribu des bords du Rhin.

[2] Pour le parallèle entre les deux lois, voir mon *Histoire du droit*, III, p. 96.

La conquête des Francs, en réunissant le royaume de Bourgogne à la couronne des Mérovingiens, n'abolit point le droit des Burgondes : celui-ci continua dans le pays à subsister comme droit personnel. La preuve en est dans les capitulaires de Charlemagne qui mentionnent simultanément la loi *salique*, la loi *ripuaire*, la loi *gombette*[1]. La loi de Gondebald, comme la loi ripuaire, contenait le duel judiciaire ; et cette coutume barbare provoqua au neuvième siècle les attaques d'Agobard, archevêque de Lyon, qui conseillait à Louis le Débonnaire d'imposer le droit franc aux hommes de la loi gombette. — Du reste, cette loi avait un caractère d'impartialité entre les Burgondes et les Gallo-Romains que n'avaient ni la loi salique ni la loi ripuaire ; elle s'attachait à établir entre eux l'égalité des conditions par rapport aux personnes et aux terres. Pour les compositions en cas de meurtre, elle ne distinguait pas, comme la loi salique, entre les vainqueurs et les indigènes ; elle admettait la même étendue dans les attributions des comtes romains ou bourguignons, et elle posait expressément ce principe de législation et de juridiction qui a été si favorable au maintien et au progrès du Droit romain : « Que les causes « entre les Romains soient terminées selon les lois romaines[2]. »

On ne peut séparer de la loi salique et des autres lois barbares les collections de Formules, surtout celle de Marculfe. Elles présentent l'une des sources les plus utiles à la connaissance du droit germanique de la France, auquel se mêlaient des éléments de diverse nature. Marculfe, livré à l'état monastique dans le diocèse de Paris, était franc d'origine, et rédigea vers l'an 660 ses deux livres de formules, sur la demande de Landéric, évêque de son diocèse. Il nous apprend qu'il a réuni les formules transmises par ses pères, *suivant la coutume du lieu*, et qu'il avait ajouté quelquefois sa propre rédaction selon la simplicité de sa nature[3].

[1] Capit. II, ann. 813. Baluz., I, 505 et passim. Prologue et titre LV, § 2,

[2] Voir mon *Histoire du droit*, tome III, p. 104.

[3] Marculfi Formulæ, præfatio. (Mon *Hist. du droit*, tome III, p. 112.)

A ces formules se joignent naturellement et dans le même esprit celles publiées à la suite de Marculfe, sous le titre de *Formulæ veteres :* les unes sont de la même époque, du septième siècle ; les autres ont été rédigées évidemment sous le règne de Charlemagne [1].

Dans le Droit germanique et dans le Droit romain de cette époque tout aboutit à Charlemagne.

Ses capitulaires sont une loi générale qu'il appropriait à l'unité de l'empire sans pouvoir effacer les grandes distinctions de races qui vivaient dans cette Europe, moitié barbare, moitié romaine. Par ses capitulaires de l'an 803, il fit des additions et des modifications législatives aux lois salique et ripuaire ; il leur donna le caractère de lois protectrices de l'église et du clergé; et, en mettant comme juges les *Scabini* à la place des Rachimbourgs de la loi salique, il garantit l'inviolabilité de la chose jugée [2]. — Mais, en améliorant les lois barbares, il avait toujours présent l'esprit de justice et d'équité de la loi romaine, et il l'appelait dans ses capitulaires *la mère de toutes les lois humaines* [3].

Les institutions germaniques n'avaient, au reste, jeté que de faibles racines dans le midi de la France ; la civilisation romaine y avait conservé ses traditions vivantes, et les mœurs barbares n'avaient été transplantées avec vigueur que dans les provinces septentrionales. Là, les vainqueurs, dès l'origine, s'étaient arrêtés plus nombreux et plus forts ; puis des tribus entières s'étaient établies, et la Germanie n'avait cessé d'envoyer dans les contrées voisines d'elle les enfants de ses forêts.

Ces migrations des peuplades germaines ne furent arrêtées que par l'épée de Charlemagne, qui fit du sang des Saxons un autre fleuve du Rhin. Il n'y eut après lui que l'irruption des Nor-

[1] Elles sont publiées par Baluze et par Canciani, t. II, p. 246. Un recueil complet des formules de divers âges et de divers lieux sera incessamment publié par M. de Rozière, petit-fils de M. Pardessus.

[2] Capit. DCCCIII Baluz., I, p. 387. — Mon *Hist. du droit,* III, p. 244 et suiv.

[3] Omnium humanarum mater legum, Baluz., Capitul. addit. IV, p. 1226.

mands. — La France du huitième et du neuvième siècle était pressée du poids de deux invasions, qui s'avançaient, l'une au Midi, l'autre au Nord. — Il fut donné à deux grands hommes d'arrêter ces deux mers, qui pouvaient se joindre et tout couvrir de leurs flots : à Charles-Martel de refouler les barbares du Midi au delà des Pyrénées ; à son petit-fils, à Charlemagne, de refouler au delà du Rhin les tribus du Nord. Mais, jusqu'à ce dernier, les mœurs barbares se renouvelaient et s'entretenaient dans les provinces septentrionales par la continuité des migrations germaines.

La loi personnelle et germanique y vivait donc plus qu'ailleurs de son énergie native, et cependant elle fléchissait sous les attaques de la loi romaine, ou même s'adressait à elle pour suppléer à son insuffisance.

Non-seulement les ecclésiastiques et ce qui avait survécu de la population primitive se réglait par le droit romain; mais les nouveaux habitants avaient la faculté reconnue de contracter, de se marier, de tester selon ce droit. Agathias, historien grec du sixième siècle, rapporte que de son temps les Francs usaient déjà des lois romaines dans le mariage et les contrats[1]. En s'établissant sur le sol conquis, les barbares avaient éprouvé des besoins nouveaux; ils ne trouvaient rien dans leurs lois qui pût y répondre ; ils étaient bien obligés de recourir à une législation plus large et plus prévoyante. Marculfe, qui était d'origine germanique, donne dans ses formules des modèles d'actes de toute espèce, dressés *secundum legem romanam*. La loi salique, qui prive les sœurs de leur portion dans la terre paternelle, est qualifiée de coutume impie, et le père a le droit de rétablir l'égalité : « Mais « moi (dit-il dans la formule), j'effacerai cette impiété, et, comme « tous mes enfants m'ont été donnés également par le Seigneur,

[1] Agathias, *Hist.*, lib. I, p. 13. Franci politia ut plurimum utuntur romana et legibus iisdem ; eamdem etiam contractuum et nuptiarum rationem habent. (Trad. lat. edit. 1660 et Bouhier, tome I, p. 385.)

« je veux, ma fille, que tu sois mon héritière, et que tu aies une « part égale dans ma succession[1] : » admirable maxime de droit romain et de droit chrétien qui, après tant de siècles d'inégalités sociales et de vicissitudes, est devenue dans notre code civil l'un des mobiles les plus puissants de la civilisation !

La féodalité lui a opposé une barrière longtemps insurmontable; nous l'étudierons attentivement; mais, avant de pénétrer dans l'époque féodale, contemplons dans les lois cette alliance du droit romain et du christianisme, qui sera la seule ressource de la société contre l'empire de la force.

§ IV. — LE CHRISTIANISME ET LE DROIT ROMAIN A L'ORIGINE ET EN PRÉSENCE DE LA FÉODALITÉ.

Par un capitulaire de Louis le Débonnaire, il est reconnu et ordonné que « tous les ordres de l'Église doivent vivre selon la « loi romaine dans toute l'étendue de l'empire. » Il est dit, dans un autre, que « tous les esclaves qui sont affranchis dans l'Église « appartiennent à la cité romaine[2]. » Enfin, un troisième capitulaire veut « qu'en tout état de cause il soit libre à l'une des « parties de soumettre le différend au jugement de l'évêque, ar- « bitre forcé; et l'empereur ordonne que cette loi soit observée « par tous ses sujets, tant clercs que laïques. » Combien, à cette époque, ces points de vue sont importants dans l'histoire! — Le moment approche, en effet, où la féodalité va peser sur la terre; les peuples du Nord, après la victoire, cherchent à entrer dans une société civile en rapport avec leur situation; ils veulent se classer définitivement, sortir de l'égalité rivale des lois purement personnelles, prendre racine dans le sol conquis, et maintenir

[1] « *Diuturna, sed impia consuetudo inter nos tenetur ut de terra pa- « terna sorores cum fratribus non portionem habeant; sed ego perpen- « dero hanc impietatem : sicut mihi a Domino æqualiter donatæ estis, in « hæreditate mea æqualem et legitimam esse constituo hæreditatem.* » — (*Marculfi Formulæ*, lib. I.)

[2] Ad civitatem pertinere romanam.

leur possession, tant contre l'action de la loi romaine et territoriale que contre les entreprises menaçantes des hommes nouveaux du Nord, les Northmans, qui veulent aussi leur part de la conquête. Cette révolution intérieure, qui dispersera en lambeaux les lois personnelles des barbares, et démembrera les nouveaux royaumes formés des divisions de l'empire d'Occident, est à la veille de s'accomplir; l'élément barbare ou germanique, en mutilant la société, va travailler à consolider sa victoire et à perpétuer une plus complète oppression des anciens habitants. Mais l'élément religieux, qui, le premier, doit jeter un jour des germes de civilisation dans ce monde confus, ne reconnaît que le droit romain, le droit des vaincus! Le christianisme, qui a lui sur l'ancien monde sans le ranimer, qui a versé l'eau sainte du baptême sur le front des barbares sans faire pénétrer son esprit dans leur cœur; le christianisme, qui, dans cette nouvelle carrière de lutte, aura besoin de s'attaquer corps à corps à la barbarie constituée en féodalité, appelle à son secours le droit romain, principe fraternel de spiritualisme; et il se l'assimilera sous le nom de droit canonique, pour dompter l'élément rebelle, pour concourir à l'œuvre providentielle de la régénération!

L'élément matériel du monde moderne ne se laissera pas subjuguer sans user de toute sa force, sans réagir rudement contre ceux qui l'attaquent en voulant le civiliser; et l'anarchie féodale est une réaction violente de l'élément germanique ou barbare, tant contre le christianisme que contre le droit romain.

Sous les faibles successeurs de Charlemagne et les premiers chefs de la troisième race, les fiefs sont devenus héréditaires, l'unité de l'empire s'est brisée, le territoire s'est morcelé; le pouvoir s'est inféodé à la terre, il a soixante-dix centres différents et isolés; tout s'immobilise dans une sphère étroite et jalouse. La violence impose ses caprices; les seigneurs qui veulent s'incorporer les peuples de leurs comtés élèvent entre eux la barrière des usages les plus bizarres; les envoyés des rois, les *missi dominici* de Charlemagne, chargés de maintenir la justice n'ont plus de mis-

sion et cessent d'exister; la langue des lois fait place à des idiomes grossiers, formés des mélanges du latin et du tudesque; les Codes de Théodose et d'Alaric, les Novelles de Justinien, se perdent ou s'oublient; les ténèbres de l'ignorance couvrent la face de l'Europe et de la France; des traditions confuses remplacent les lois absentes : « plus de loi commune, » dit Montesquieu[1]; des coutumes locales se forment sous le nuage épais qui a partout intercepté la lumière de la civilisation et du droit. — Le christianisme, religion d'esprit et de vérité, cesse d'exercer son influence sur les masses qu'il ne retrouve plus dans les villes, et que l'état de servage a disséminées dans les campagnes. Les guerres privées du dixième siècle empêchent les évêques de s'assembler annuellement; les conciles provinciaux sont rares; le pouvoir régulateur dans l'ordre moral et religieux s'évanouit.

Le christianisme alors tâche de se constituer en pouvoir temporel, de se porter à l'extérieur de la société pour reprendre sur elle un peu d'empire. Il s'offre d'abord comme le paternel appui du serf, le médiateur patient entre le vassal et le suzerain : au pied du château féodal, il bâtit l'humble clocher du village, la chapelle, asile du serf opprimé. S'il ne peut détruire les usages barbares, il y mêle une sorte de consécration qui les limite dans leurs effets. La trêve de Dieu, qui suspend les guerres privées pendant les quatre derniers jours de la semaine, est l'expression historique de ses efforts de pacification, de ses transactions avec la violence féodale. Il supplie, il transige; il arrête quelquefois la violence extérieure des barons déchaînés les uns contre les autres et contre la société; mais, à travers l'armure de ces hommes de fer, il ne peut éclairer et pénétrer l'esprit ou le cœur d'un rayon de sa lumière et de sa charité. Alors, et dans le onzième siècle, il retire en lui-même son principe de vie et de force expansive, il se replie sur Rome; il se concentre dans les monastères, fonde des abbayes, appelle dans ses retraites les âmes

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. XI.

fortes qu'attriste l'état du monde. Il retrempe dans l'austérité les mœurs des clercs que la corruption du dixième siècle avait atteintes. Il met le soc dans les terres incultes. Il recherche et conserve les dernières traces des lettres romaines, il entretient dans l'obscurité du sanctuaire la lampe sacrée de la civilisation ; et cependant il s'affermit sur tous les degrés de la hiérarchie : sur le dogme spirituel de l'autorité infinie de Dieu représentée par l'Église et par le pape, vicaire de Jésus-Christ, il assied fortement les bases du catholicisme. En présence de ce monde désolé où la force fait le droit, il personnifie, il réalise l'idée d'une société spirituelle ; il la présente aux opprimés comme un saint refuge, comme le temple de la justice céleste. Des hauteurs mystiques de la société spirituelle, il entreprend ensuite de gouverner, et bientôt de dominer la terre. Le catholicisme, comme pouvoir, s'étend graduellement à la surface de la société : dans la grandeur de Grégoire VII et la triple couronne, il montre l'image de la puissance souveraine ; il tâche d'attirer dans la région spirituelle et d'absorber toutes les forces de la société terrestre. En parlant au nom de Dieu, le Catholicisme est sur la terre le seul pouvoir qui réponde au sens moral, lequel s'obscurcit, mais ne s'éteint jamais dans l'humanité : le voilà qui, un jour, se sent assez fort de sa sympathie avec les peuples pour les remuer profondément en prêchant la première croisade par la bouche d'un pape et d'un ermite, pour entreprendre d'éteindre entièrement les guerres privées qui désolent l'Occident depuis deux cents ans, et de dompter l'élément barbare en le précipitant vers l'Orient[1] ! Le voilà qui pendant plusieurs siècles envoie les barons, leurs vassaux et leurs serfs vers le berceau du christianisme, retrouver ce dogme de la fraternité et de l'égalité chrétienne qu'ils ne pouvaient comprendre, les uns dans leurs forteresses, les autres dans leurs faibles bourgades : dogme spirituel et divin qui s'est presque éclipsé,

[1] Urbain II, prêchant la croisade à Clermont, la représente comme un moyen d'éteindre les guerres privées (1095).

et auquel a été cependant donné, depuis plus de mille ans, l'avenir de l'humanité!

Les croisades ont imprimé à l'Europe un long ébranlement, elles l'ont arrachée à sa couche de servitude; les débordements des peuples ont monté jusqu'aux sommités féodales; des idées nouvelles et les richesses de l'Orient ont été portées en Occident, sur les flots de l'Adriatique, et même à travers les régions du Nord. En Italie, les grandes républiques du moyen âge; en Allemagne, les villes libres ont été fondées; en France, du onzième au treizième siècle, les villes et communes ont conquis leur liberté ou acheté leurs chartes de franchise; et la royauté, en s'appuyant sur elles, a commencé son émancipation et grandi rapidement dans la confiance et l'amour des peuples. Les mœurs ont ressenti le contre-coup de ces grands mouvements de la société : la chevalerie y a jeté son principe de loyauté, son esprit de protection en faveur du faible et de l'opprimé, de dévouement mystique à la femme, au malheur, à la religion. — La poésie, à laquelle les luttes contre l'empire germanique et les dominations du catholicisme, l'héroïsme chrétien et le merveilleux oriental des croisades, ont préparé pour l'avenir de sublimes épopées, la poésie donne déjà des chants naïfs et d'immenses récits à des esprits crédules, ignorants des choses du monde, passionnés pour les fantômes de l'imagination. — La religion a rassemblé les multitudes; les populations enthousiasmées se sont précipitées sur les pas d'Urbain II, de saint Bernard, des apôtres de la croix; et le catholicisme, pour entraîner les masses, a retrouvé la parole de vie, l'éloquence de l'âme.

A la lumière renaissante du christianisme, dans les douzième et treizième siècles, vient se joindre la lumière renaissante du droit romain. Irnérius explique à Bologne les Pandectes retrouvées en Italie; Placentin, le premier en France, vers 1190, en déroule les trésors à Montpellier[1]; Azo lui succède, et peu de

[1] Voir mon *Histoire du droit*, tome IV, p. 343 et suiv.

temps après François Accurse (fils de l'auteur des Gloses) va faire ses lectures à Toulouse[1].

Une immense ardeur de savoir s'empare de cette société, impatiente de ses ténèbres et avide de commencer son ère de civilisation ; le droit civil devient l'étude de tous ces esprits qui s'éveillent ; l'Italie, l'Allemagne, l'Angleterre et la France rivalisent de zèle pour la nouvelle science : noble avidité qui prouve qu'au milieu des désordres de l'anarchie féodale, si les monuments des lois avaient disparu, l'idée du droit romain avait au moins surnagé dans les esprits.

Le Droit romain, dès sa renaissance, eut une grande mission à remplir.

La féodalité n'a pas été dans l'histoire un phénomène passager qui n'ait laissé que des souvenirs dans les esprits, sans laisser de traces dans les choses ; elle est une époque dans l'histoire même de l'humanité; elle fut une modification profonde de la société européenne; dans l'ordre politique et dans l'ordre civil, elle eut ses institutions, et leur imprima une longue durée.

Réaction de la force contre l'esprit du christianisme et des institutions romaines, elle fut, dans l'ordre politique, un élément contraire aux idées d'égalité entre les hommes et d'unité dans le pouvoir : son droit public était d'abord l'usage des guerres privées.

Réaction de la force et du droit germanique, transformé par la conquête, contre le droit civil romain, elle était, dans l'ordre privé, l'assujettissement de la condition des personnes à la condition des terres, la constitution de la famille sur la base de l'inégalité : son droit civil fut dans les Coutumes.

Le catholicisme, au moyen âge, aidé par la royauté fille aînée de l'Église, et par les légistes représentant les idées politiques de l'école romaine, eut à lutter contre la féodalité dans l'ordre politique et judiciaire.

[1] Caseneuve, *Franc-Alleu*, p. 41

La mission du droit civil romain, mission plus lente encore et plus laborieuse, fut de lutter contre le droit civil de la féodalité, contre les coutumes féodales.

Mais, dans l'état où se trouvait la société, le droit romain ne pouvait pas agir seulement par lui-même et directement ; il lui fallait subir des transformations, et traverser des voies indirectes, avant de se dégager, dans sa plénitude d'autorité, comme raison civile de la société moderne.

Sa mission civilisatrice a eu des phases successives sur lesquelles nous devrons attacher nos regards : c'est dans le développement de ces divers points de vue, de ses luttes contre les mauvaises coutumes, de son association avec les bonnes, que se trouve l'histoire du Droit français.

FIN DU LIVRE DEUXIÈME.

LIVRE TROISIÈME

DROIT FÉODAL ET COUTUMIER

Nous considérons d'abord le Droit coutumier, qui dans sa partie toute féodale est devenu le but d'attaque proposé à l'action progressive du droit romain.

Il faut examiner les Coutumes,

1° Dans leurs principaux monuments et leur autorité reconnue, en pays de droit coutumier ou de droit écrit;

2° Dans leur esprit, en embrassant leur système fondamental dans une vue d'ensemble et d'unité.

Ce sera l'objet de deux sections principales [1].

SECTION PREMIÈRE

Principaux monuments et autorité des coutumes.

§ Ier. — PRINCIPAUX MONUMENTS DES COUTUMES.

C'est dans le midi de la France que les premières coutumes, sorties de la féodalité, furent fixées par écrit. Les plus anciennes paraissent être celles de la Réole, dans le territoire bordelais, de

[1] C'est ce que dans le langage de l'école on appelle l'histoire *externe* et l'histoire *interne*.

l'an 977, sous le titre de *Consuetudines et jura monasterii Regulæ*. Les usages de Barcelone furent rédigés en 1064 par l'ordre du comte Raymon Béranger. Guillaume le Conquérant fit écrire après 1066 celles des Anglo-Normands pour son nouveau royaume, sous le titre de *Loys et Coustumes du roy Guillaume*. Gaston IV accorda en 1080 la charte d'Oloron qui fait partie des fors de Béarn[1].

Le livre qui se répandit avec le plus de rapidité, et qui produisit le plus d'effet au dehors, fut le livre des Fiefs lombards, rédigé à Milan, au douzième siècle, entre les années 1158 et 1168[2]. Les fiefs ont occupé la plus grande place dans le droit coutumier; les usages lombards sur les fiefs s'étaient naturalisés dans toute l'Europe féodale; le livre qui les recueillit répondait à une situation générale. Les croisades, en emportant vers l'Orient les populations européennes, y avaient aussi déposé les usages des terres natives. Les rois de Jérusalem, pour se reconnaître dans cette multitude de chrétiens de toutes nations, et leur donner quelque règle qui pût convenir à leurs mœurs vagabondes, tinrent des assemblées où l'on recueillit les coutumes des principales contrées: les Assises de Jérusalem en furent le résultat en 1099; mais la rédaction qui nous est parvenue n'est que du treizième siècle, plusieurs usages furent empruntés à la France[3].

On peut mettre en tête des Coutumes de France les chartes d'affranchissement des villes et des communes, elles sont des onzième, douzième et treizième siècles. Les premières que l'on cite sont celles de Cambrai de l'an 1076[4], d'Amiens de 1084, de Laon, sanctionnée en 1128 par Louis le Gros. Louis VII accorda les anciennes coutumes d'Orléans en 1137, 1147, abolit le duel judiciaire pour

[1] Voir mon *Histoire du droit*, tomes III, p. 121; IV, p. 411; V, p. 519 et 574; et le tableau du droit coutumier au moyen âge en appendice au tome VI, p. 438.
[2] *Libri feudorum*. (Mont. IV, p. 536.)
[3] Mon *Histoire du droit*, tome IV, p. 475.
[4] Recueil des Scriptores, D. Bouquet, tome XIII, p. 489.

dette de cinq sols en 1158. La charte de Beauvais, confirmative des droits accordés par Louis le Gros, est de 1141. La charte du consulat d'Arles est de 1142; celle d'Abbeville de 1184; celle de Dijon de 1187; celle donnée par Philippe-Auguste à la ville de Rouen et qui fut appliquée à plusieurs villes est de l'an 1204. — Ces chartes, et tant d'autres émanées des rois et des seigneurs, avaient pour objet principal soit l'affranchissement des serfs, des bourgs et des villes, soit l'indépendance politique de la commune. Plusieurs aussi avaient des stipulations relatives aux mariages, aux dots, aux successions, aux droits seigneuriaux. En se plaçant sous un point de vue plus général, on doit dire que les premières coutumes écrites en France, et sanctionnées par l'autorité royale, furent, à proprement parler, les Établissements de Saint-Louis.

Le préambule des Établissements annonce qu'ils sont faits pour confirmer les *bons usages* et les anciennes coutumes, avec quelques corrections tirées des lois et des canons. La loi romaine y est citée souvent, elle est considérée comme le droit commun. *Établissement* veut dire, dans le langage contemporain, édit, ordonnance; mais l'Établissement civil et judiciaire n'était pas général pour le royaume sans le consentement des seigneurs qui avaient encore la jouissance de leur souveraineté locale[1]; et en l'absence de ce consentement, c'était par l'influence de leur sagesse et les avantages de l'exemple que les Établissements de saint Louis pouvaient agir hors des domaines du roi. C'est une question très-controversée que celle de savoir si les Établissements avaient été confirmés par le Roi en assemblée des barons, et avaient acquis ainsi l'autorité d'une ordonnance générale. J'ai réuni ailleurs tous les éléments de la controverse, et tiré du livre de *Justice et de Plet* de la même époque un texte qui me paraît devoir décider en faveur du caractère obligatoire des Établissements arrêtés *en conseil des*

[1] L'*établissement* était obligatoire quand il s'agissait de l'intérêt général du royaume. (Beaumanoir le reconnaît.)

barons[1]. C'était l'opinion d'Eusèbe de Laurière, qu'avait rejetée Montesquieu : ni l'un ni l'autre ne connaissaient le texte du livre de Justice et de Plet, œuvre de l'école d'Orléans du treizième siècle, imprimée de nos jours pour la première fois. Ce qui est certain dans tous les systèmes, c'est que, si les Établissements n'eurent pas *en droit* le caractère authentique de loi, ils en eurent *en fait* la puissance, et leur autorité s'exerça dans un grand nombre de provinces. Les coutumes de Paris, d'Orléans, de Tours, d'Anjou, du Berry, appelés pays coutumiers par excellence, celles du Poitou, de l'Angoumois et de la Saintonge, portèrent l'empreinte des Établissements.

C'est en 1270, avant de partir d'Aigues-Mortes, pour la fatale croisade, que le saint roi fit à la France le legs de ses Établissements. Trois germes précieux y étaient déposés par sa sagesse : 1° la défense des guerres privées et l'abolition définitive du combat judiciaire en matière civile; 2° la sanction du droit romain comme droit commun; 3° l'appel au roi des cours seigneuriales. — Cette dernière institution, propre à saint Louis, fut d'un effet immense, dans la suite, pour étendre en tous lieux la justice du Roi.

Saint Louis, en tâchant d'épurer l'élément coutumier par le droit romain et d'abolir des usages antisociaux, avait été activement secondé dans ses vues d'amélioration par Pierre de Fontaines. C'est ce savant du treizième siècle qui fit le premier ouvrage de jurisprudence, en 1253, sous le titre de *Conseil à un ami*[2]. Il y traçait les règles à suivre dans les relations civiles, et l'on voit qu'il s'efforçait d'adoucir là aussi la rude empreinte de la féodalité par la sagesse des lois romaines. Il y cite partout le droit romain sous les noms de *loi écrite*, *droit ou commun droit*, et il ne fait souvent que le traduire dans ses décisions.

On peut découvrir encore cette intention dans Philippe de Beau-

[1] Voir mon *Hist. du droit*, tome VI, livre VII, ch. VI, p. 106.

[2] Imprimé d'abord par Ducange à la suite des Établissements, réimprimé en 1846 par M. Marnier sur les meilleurs manuscrits.— Voir mon tome VI, p. 55.

manoir, qui, en 1283, publia les Coutumes de Beauvoisis[1]; il cite les lois romaines sous le nom de *droit;* dans sa préface il l'appelle le droit qui *est commun à tous, et au royaume de Franche.* Mais l'élément romain n'agit pas sur ses idées au même degré; il ne voudrait pas lui donner la prédominance, et seulement il tenterait entre les deux éléments divers une sorte de transaction. C'est lui, au surplus, qui reflète avec le plus de vérité les usages des temps féodaux; c'est lui que Montesquieu a le plus souvent interrogé dans ses profondes investigations des lois féodales.

On trouve aussi l'image fidèle de ces temps dans les lois anglo-normandes et le coutumier de Normandie[2]. Par suite de la conquête de Guillaume, des rapports de similitude existaient entre les mœurs de la Normandie et celles de l'Angleterre. C'est Guillaume qui a établi la féodalité à la place des coutumes anglo-saxonnes; et les possessions des rois d'Angleterre dans le royaume de France, après la répudiation imprudente d'Éléonore de Guienne par Louis VII, a étendu entre les deux pays la communauté des usages. Ces deux pays, frères rivaux, se comprennent longtemps dans l'histoire l'un par l'autre; ils échangent longtemps territoire, guerres, oppression et même liberté : n'est-ce pas, en effet, un roi d'Angleterre, Henri I[er], qui, en 1173, a permis aux habitants de Bordeaux de choisir leur premier maire ?

Un ouvrage du quatorzième siècle, qui produisit un effet vraiment historique, à en juger par les éloges que lui donnent les anciens jurisconsultes, est celui de Jean Faber, qui était né près d'Angoulême[3], et qui mourut dans cette ville en 1340, après avoir enseigné le droit comme docteur dans l'école de Montpellier,

[1] *Cout. de Beauvoisis*, par Beaumanoir, imprimées par Lathaumassière en 1691, et réimprimées de nos jours sous la direction de M. le comte Beugnot (1842).

[2] *Coutumes anglo-normandes* publiées par Hoüard, en 1766. Le *Coutumier* paraît avoir été rédigé au treizième siècle. (Voir mon *Histoire du droit*, tomes IV et V.)

[3] Au bourg de Roucines, en la terre de Montberon, près Confolens (Charente).

et longtemps exercé la profession d'avocat à Angoulême. Si l'on en croyait quelques historiens, il aurait exercé les fonctions de Chancelier de France : rien ne me paraît justifier leur assertion à cet égard[1]. Son ouvrage, écrit vers 1328, sous Philippe de Valois, consiste principalement en commentaires sur les Institutes et sur le Code[2]. Mais dans ses commentaires il recherchait et il exposait avec soin le droit coutumier; c'est sous ce rapport surtout que ses ouvrages offrent un intérêt historique. Chassanée, président du Parlement de Provence, et commentateur des coutumes de Bourgogne (mort en 1541), l'a appelé le *Père du Droit français*. — Tiraqueau, dans son *Traité de la Noblesse*[3], dit qu'il est parmi tous de la plus grande autorité, *unus omnium apud nos maximæ auctoritatis*. Dumoulin l'appelle *subtilissimus et consummatissimus juris doctor*[4]. Il le regarde comme un guide dans la connaissance du droit français : « *Juris romani et gallici peritissimus et callentissimus consuetudinum Galliæ*[5]. » — Choppin le cite avec éloge au *Traité du Domaine*[6]. — Charles Loyseau dit de lui « qu'il ne s'est guère trompé en la pratique de France[7]. » — Hévin l'appelle « l'un des fondateurs de la pratique de France[8]; » et le savant président Bouhier, qui invoque son témoignage pour prouver que, dans l'ancienne France, le droit romain était le droit commun appliqué au défaut de la coutume du lieu, a dit : « Nous ne pouvons choisir un meilleur garant de ce qui se « pratiquait de son temps en ce royaume[9]. »

[1] Voir *Histoire des Chanceliers et Gardes des sceaux de France*, par François Duchêne, édit. 1680, p. 838.

[2] Il y a une édition (en gothique), imprimée à Lyon en 1534; il en est une autre plus facile à lire de 1579 ; elle est aussi de Lyon.

[3] Chap. XXXIII, n° 4.

[4] Tit. fiefs, § 1, Glose 5.

[5] Bouhier, *Observ. sur les Cout. de Bourg.*, t. I, p. 392.

[6] Liv. II, tit. XV du domaine (Choppin).

[7] Déguerpissement, liv. II, ch. II, n° 7.

[8] Hévin sur Frain, tome II, addit. dissertat. sur le droit civil, p. 77.

[9] Nous avons cité beaucoup d'autorités pour rappeler toute l'étendue d'une gloire trop oubliée dans la patrie de Faber, et qui cependant ne manque pas de la première condition, un grand mérite et une influence

A la fin du 14e siècle, et au commencement du 15e, deux ouvrages exercèrent beaucoup d'influence : le *Grand Coutumier* de Charles VI et la *Somme rurale* de Boutillier. Toutes sortes de matières sont confusément accumulées dans le premier : on y voit un recueil de procédure, de lois civiles, de lois féodales et d'ordonnances. Les règles civiles sur la puissance paternelle, sur les obligations, la division des choses en corporelles et incorporelles, la propriété, la possession, la prescription, les servitudes, les donations, sont empruntées pour la plupart aux lois romaines qui sont citées en marge; là l'influence du principe civilisateur est dominante, et un hommage éclatant lui est rendu : En pays cou-« tumiers les coutumes qui sont contraires au droit écrit gâtent « et détruisent le droit, et sont appelées *haineux* droit; et, quand « la coutume s'accorde au droit écrit, on le dit droit commun[1]. »

Quand aux règles de procédure, on trouve des règles très-détaillées sur les actions possessoires et toutes les voies d'instruction, de jugement, d'exécution et de saisie : on est étonné de l'énumération des matières; on y voit que les modernes, sauf la méthode, n'y ont pas beaucoup ajouté. Nous sommes encore, plus qu'on ne le croit, sous les liens primitifs de la procédure du 14e siècle : la matière est moins brute, mais elle est identique en beaucoup de parties.

Le *Grand Coutumier* reproduisait surtout les usages de Paris : écrit en langue vulgaire, il était facilement accessible aux praticiens, et il révèle l'œuvre d'un praticien plutôt que d'un jurisconsulte. Les éléments réunis dans ce recueil indigeste se sont dégagés en doctrine plus précise dans les ouvrages postérieurs des jurisconsultes français. Charondas l'a enrichi d'annotations aussi savantes que judicieuses dans l'édition de 1598.

La *Somme rurale* de Boutillier offre un caractère plus général surtout pour le Droit coutumier des provinces du Nord; c'est

historique. — Voir, au surplus, l'analyse de ses travaux et son autorité pour la coutume d'Angoumois dans mon *Histoire du droit*, tome VI, p. 254

[1] *Coutumier de Charles VI*, édit. 1598 (de Charondas), p. 102 et 109.

un recueil bien supérieur, pour la doctrine, au Coutumier de Charles VI.

Boutillier, né à Mortagne vers 1344 et mort après 1402, date de son testament, était conseiller au parlement de Paris. Dans son ouvrage, le Droit romain est considéré comme le Droit commun du royaume ; il y est appelé la *noble constitution des lois* [1]. Le droit féodal et coutumier y est marqué d'un signe de réprobation quand il est contraire aux lois romaines : « Droit *haineux* est le « droit qui, par le moyen de la coutume du pays, est contraire « au droit écrit ; droit commun est, comme les sages disent, un « droit qui s'accorde au droit écrit et à coutume du pays. »

L'ouvrage présente ces résultats importants à recueillir, entre autres : que la puissance paternelle était reconnue dans certains pays coutumiers comme dans les pays de droit écrit; que la faculté de tester y était également interdite aux fils de famille; qu'il y avait encore une grande différence partout entre le testament et le codicille [2].

Ce n'étaient pas seulement les règles de procédure, les *us* des coutumes et des fiefs qui passaient dans la langue vulgaire; il paraît que, dès le douzième siècle, les lois romaines furent traduites en français : Brodeau parle de cette traduction du Code de Justinien [3]; le savant Camus cite une traduction manuscrite du Code qui remontait à 1135, et dont un exemplaire, au dix-huitième siècle, était possédé par le professeur Lorry [4] ; d'Aguesseau possédait aussi une traduction qui était considérée comme un manuscrit du quatorzième siècle ; Montesquieu dit avoir vu plusieurs de ces manuscrits [5] ; le président Bouhier nous apprend qu'il a

[1] *Somme rurale*, p. 5, édit. 1603; voir aussi Bouhier, t. I, p. 393. Voir mon *Histoire du droit*, sur la Somme rurale et le Grand Coutumier, tome VI, p. 334.

[2] *Somme rurale*, pag. 440, 442, 597, 610 et 611, éd. Charondas, 1621.

[3] Sur Louet, lettre D, Somm. 21.

[4] *Lettres sur la Profession d'Avocat*, Catal., n° 399, édit. 1818.

[5] *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, ch. XXXVIII.

été assez heureux pour recouvrer ces traductions : « Et je les re-« garde, dit-il, comme un des plus sûrs témoignages du crédit « qu'avait alors le droit romain en ce royaume[1]. » Ces mêmes traductions, ayant appartenu au président du parlement de Dijon, ont passé, par suite d'événements singuliers, dans la bibliothèque publique de l'École de médecine de Montpellier, où j'ai pu moi-même les consulter[2]. La bibliothèque impériale possède aussi d'anciens manuscrits du même genre. Il ne faut pas dès lors s'étonner si, à côté des légistes qui étudiaient les lois romaines dans le texte latin, les praticiens, qui dirigeaient souvent les affaires civiles de ces temps nébuleux, ont puisé dans les recueils de Justinien des idées de droit, et introduit dans les usages de leurs provinces ou de leurs bailliages des principes plus ou moins altérés du droit civil.

Tous ces usages sortis du sein de l'anarchie féodale, sans autre lien commun que le caractère oppresseur de cette époque, ne présentaient aux tribunaux que des traditions confuses. L'esprit processif, redoutable dès sa naissance, trouvait de grandes ressources dans leur incertitude : il échappait, dans leur obscurité, à la règle équitable du droit romain qui commençait à se répandre. Les justiciables que ce droit condamnait alléguaient, dans l'intérêt de leurs discussions, l'exception des usages locaux. Ceux-ci n'étaient fixés par aucun monument certain ; les juges en cherchaient la trace fugitive dans les *enquêtes par turbes*. On avait fait un recueil des *coutumes notoires* du Châtelet, qui contenait le résultat des enquêtes spéciales ordonnées de 1350 à 1385[3] ; un autre de même nature portait le titre moins exact de *décisions* de Jean Desmares : mais ces recueils, faits en vue du territoire de Paris, resserrés dans leur application et fort incomplets, ne

[1] Bouhier, t. I, 389. — Voy. aussi Lathaumassière, *Quest. sur la Cout. de Berry*, ch. I.

[2] Voir mon *Histoire du droit*, tome IV, p. 324.

[3] Elles ont été publiées par Brodeau, à la suite de son *Commentaire sur la Cout. de Paris*.

pouvaient dissiper les nuages dans lesquels s'égarait la justice en se mettant à la recherche du droit des coutumes.

Charles VII, pour arracher à la mauvaise foi son éternel aliment, pour sauver la justice de la confusion des enquêtes, pour fixer au moins ces usages qu'on ne pouvait éclairer et pénétrer d'une lumière subite, ordonna la rédaction par écrit des coutumes (article 125 de son ordonnance d'avril 1453 pour la réformation de la justice[1]). Elles furent écrites dans la seconde moitié du quinzième siècle et au commencement du seizième, sous Charles VIII, Louis XII, François Ier, en présence et avec la participation des trois ordres ou des états de chaque pays. Les premières coutumes rédigées furent celles de Bourgogne, en 1459, dans une province apanagiste, et celles de Touraine, en 1460, dans le domaine du roi de France. La coutume de Ponthieu, qu'on a souvent citée comme la première, fut seulement redigée en 1495, après celles d'Anjou, de Reims, de Nivernais et plusieurs autres[2]. La coutume de Paris ne fut rédigée pour la première fois qu'en 1510 et puisée principalement dans le grand coutumier de Charles VI et les coutumes notoires du Châtelet[3] : elle fut réformée en 1580.

[1] *Ord. du Louvre*, t. XIV. — *Recueil d'Isambert*, t. IX, p. 252.
« ...... Ordonnons et statuons que les coutumes, usages et stiles de tous les pays de notre royaume soyent redigés et mis en escrit, accordes par les coustumiers, praticiens et gens de chascun desdits pays de notre royaume.... lesquels seront apportés par devers nous pour les faire veoir et visiter par les gens de notre grand conseil ou de notre parlement, et par nous les decréter et confirmer. »

[2] Elles ont été rassemblées avec des notes sur leurs corrélations, en 1635, dans le recueil complet des *Coutumes générales et particulières de la France et des Gaules*, de Michel Angevin et de Larochemaillet, c'est le second recueil ; le plus complet fut fait au dix-huitième siècle, par Richebourg, en 4 volumes in-folio. — Voir mon *Histoire du droit*, tome V, p. 11, et le *Tableau des Coutumes*, tome VI, appendices I et II.

[3] Sur les origines de la coutume de Paris, voir mon tome VI, p. 297.

§ II. — AUTORITÉ DES COUTUMES. DIVISION EN PAYS DE DROIT ÉCRIT ET PAYS DE DROIT COUTUMIER.

La pensée des rois de France, telle qu'elle devait sortir des temps où elle fut conçue, était qu'on n'admît devant les tribunaux d'autres coutumes que celles promulguées, et que le droit romain fût considéré, à leur défaut, comme droit commun ou supplétif : c'est ce qu'a très-nettement exprimé un ancien auteur, Choppin, l'une des lumières du droit coutumier [1]. La même pensée est réfléchie par les principaux commentateurs des coutumes, Chassanée, Brodeau, Ricard, Lathaumassière, et d'autres jurisconsultes français rappelés par le président Bouhier [2].

Dans les régions du Midi et le ressort des parlements de Toulouse, de Pau, d'Aix, de Bordeaux, de Grenoble, le caractère de droit commun ne fut point disputé aux lois romaines; et des dispositions particulières de nos rois ont maintenu successivement dans le droit d'user de ces lois les provinces suivantes : le Dauphiné, la Provence, le Languedoc, le Béarn, la Guyenne, le Lyonnais, le Forez, la Bresse, le Beaujolais, le Mâconnais, l'Auvergne, spécialement appelées pays de droit écrit [3].

Dans le Nord et l'Est, comme le pays Messin, Toul, Verdun, Thionville, l'Alsace, où l'élément germanique avait exercé plus d'empire après l'invasion des barbares, les textes mêmes des coutumes renvoyaient au droit romain comme au droit commun [4].

Dans le ressort du Parlement de Paris, il était tenu pour droit commun, non-seulement par le Lyonnais et l'Auvergne, mais aussi par les coutumes de la Marche, du Bourbonnais et du Berry,

[1] Choppin, *de com. Gall. Consuet.*, part. 1, art. 12, n° 1 : « *Ex regiis « superioribus edictis conjicitur fuisse hanc principium Gallorum mentem « nullas in posterum admittendas consuetudines præter promulgatas, at- « que iis non sufficientibus* romana ex lege jus dicendum. »

[2] *Coutumes de Bourgogne*, chap. IV de ses *Observations*.

[3] Ferrière, *Préf. Cout. de Paris*, n° 72.

[4] Bretonnier, *Préf. sur Henrys*.

qui avait anciennement dépendu de l'Aquitaine; les autres coutumes du ressort y renvoyaient comme à leur supplément naturel.

Les coutumes de Paris, de Bretagne et de Normandie, seules, ne renvoyaient pas expressément au droit civil romain.

Ce silence a fait naître parmi les jurisconsultes une grande controverse pour savoir si le droit romain devait, dans le territoire de ces coutumes, être considéré comme *loi commune et supplétive*. Cette limitation du territoire, à l'égard duquel aurait pu s'agiter la question de prédominance de l'élément coutumier, a paru à M. de Savigny le résultat d'une erreur historique[1]; il la regarde comme destructive de la grande division en pays de *droit écrit* et en *pays coutumiers*, qui se trouve faire le fond du droit ancien de la France. Mais la différence d'opinion entre M. Berriat-Saint-Prix, qui a suivi Bretonnier et Bouhier dans cette limitation, et M. de Savigny, ne vient que de la différence du point de vue adopté par l'un et par l'autre[2]. Les trois jurisconsultes français ont pris les choses dans l'état où les avaient mises la rédaction des coutumes au seizième siècle et la jurisprudence aux dix-septième et dix-huitième. L'historien allemand, suivant en cela Montesquieu (liv. 28, ch. 4), a remonté aux temps qui ont précédé immédiatement la féodalité proprement dite, à l'édit de Charles-le-Chauve, de 864, l'édit de Pistes[3]. Il expose qu'avant l'époque féodale dans les provinces du Nord, le droit romain perdit l'autorité qu'il avait eue à titre de *droit personnel*. — Mais pourquoi cela? parce que le Nord, théâtre de la première invasion, avait été accablé par le nombre des conquérants, et, selon Montesquieu, par l'injustice aussi des compositions de la loi salique, qui évaluait un Romain à la moitié d'un Franc : les anciens

[1] *Histoire du droit romain au moyen âge*, tome I, p. 132 (Guénoux).

[2] Berriat-Saint-Prix, *Histoire du Droit romain;* Bretonnier, *Préface sur les Œuvres d'Henrys;* Bouhier, *Observations sur les Coutumes de Bourgogne*, t. I, p. 406.

[3] *Edictum Pistence* (Baluz., t. II, p. 173); *Pistes*, aujourd'hui *Pistres*, en Normandie, au confluent de l'Andelle et de l'Eure.

habitants s'étaient comme perdus dans les flots de l'invasion. Au contraire, lorsque les Francs étendirent les frontières de leur empire vers le Midi, « la rigueur envers les vaincus diminua avec le « nombre des vainqueurs[1] ; » d'où il suit que la loi romaine, formant le droit des vaincus, se maintint dans le Midi comme loi personnelle, et même, selon Montesquieu, comme loi réelle et territoriale ; ce qui est aujourd'hui incontestable pour le pays de Toulouse. Il y avait donc alors une grande division entre les provinces du Nord et les provinces du Midi, les pays d'usages francs ou barbares, et les pays de droit romain. Sur ce point le président Bouhier a commis une erreur en ne faisant remonter la division qu'aux temps de saint Louis et vers 1250[2]. Mais sous l'empire de la féodalité ces lignes précises de démarcation furent ou détruites ou presque effacées. La féodalité pesa sur tout le territoire; et les coutumes qui sortirent de sa généralité oppressive s'étendirent du Nord au Midi. Par la chute de tant de lois, dit Montesquieu, il se forma partout des coutumes. J'en ai donné récemment la preuve irrécusable dans le tome V de mon *Histoire du Droit* sur les coutumes du moyen âge[3]. Sans doute, elles eurent des caractères de diversité ; les mœurs romaines, conservées dans le Midi, longtemps après l'invasion, jetèrent dans les coutumes méridionales des teintes plus vives de leurs traditions ; les mœurs germaniques, moins effacées dans le Nord, laissèrent leur profonde empreinte dans les coutumes de la France septentrionale ; mais ces diversités, qui se trouvaient dans les détails, n'empêchaient pas que les coutumes ne dérivassent d'une source commune, la féodalité. Sous le régime féodal absolu des dixième et onzième siècles, la division en pays coutumiers et pays de droit écrit n'aurait pas eu de sens réel : elle n'existait plus. Toute la France, toute l'Europe vivait ou se débattait sous l'empire des

[1] Savigny, tome I, p. 135.
[2] Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, *Observ.*, ch. IV.
[3] Montesquieu, liv. XXVIII, ch. XI. — Mon *Histoire du Droit*, tome V. — Régions du sud-est, du midi et du sud-ouest.

coutumes. La loi romaine même, dit Montesquieu, eut le sort des autres lois personnelles [1]. Mais, quand le droit romain se leva, au réveil de la société, dans le douzième siècle, il se leva comme l'aurore de la civilisation européenne. Le Nord et le Midi accueillirent sa lumière renaissante. Si Placentin, le premier, enseigna le droit à Montpellier, les universités de Paris et d'Orléans furent aussi les premières dans le Nord où le droit romain fût successivement professé. En un mot, le droit romain, pouvoir civilisateur, agit généralement sur la société. Il fut accueilli avec plus d'enthousiasme dans les provinces qu'il avait autrefois régies; mais une seule, l'Occitanie (le Languedoc), fut d'abord autorisée par saint Louis, en 1254, à suivre ce droit, comme sa loi municipale [2]; les autres villes et provinces, telles que Montpellier, Narbonne, Bordeaux, Perpignan, le duché de Bourgogne, la Franche-Comté, la Provence, le Dauphiné, gardèrent leurs coutumes nées de la féodalité, en les modifiant plus ou moins sous l'influence du droit civil. La ville capitale du Midi, Toulouse, conserva même ses coutumes, qui furent révisées et confirmées en 1285 [3].

La distinction des pays coutumiers et des pays de droit écrit, qu'on avait vue renaître dans les ordonnances des treizième et quatorzième siècles, se fortifia par les priviléges que les rois concédèrent à plusieurs provinces; la jurisprudence parlementaire réfléchit de plus en plus la loi romaine dans les provinces méridionales; la distinction des pays de droit et de coutumes devint universelle dans la pratique du barreau; et cependant, même au dix-huitième siècle, le président Bouhier disait avec un grand sens : « Il faut tenir pour constant qu'il n'y a aucune province « en ce royaume, même parmi celles qui respectent le plus le

[1] *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, ch. xii.
[2] Ord. 1254. *Jura scripta quibus utuntur ab antiquo.*
[3] Voir mon *Histoire du Droit* sur les coutumes de Toulouse auxquelles j'ai donné une attention toute spéciale, livre VII, ch. ii, sect. 4, tome V, p. 255.

« droit romain, qui ne soit coutumière à quelques égards[1]. »

Les coutumes du Nord, après la renaissance du droit romain, sentirent moins son pouvoir que celles du Midi; elles conservèrent plus amplement l'esprit du droit germanique et de la féodalité qui les avait pénétrées; mais elles furent bien loin d'exclure le droit romain[2]. Les établissements de saint Louis, législation appliquée principalement à des provinces du Nord, du Centre et de l'Ouest, qui furent le cœur du royaume, lui donnèrent, au contraire, le caractère de droit commun, comme nous l'avons vu; et, lorsque les coutumes de tout le royaume furent rédigées au seizième siècle, le droit romain était la doctrine enseignée partout, au nord et au midi de la France. Les rédacteurs, choisis principalement parmi les avocats et praticiens, et les magistrats du parlement de Paris qui présidaient les assemblées des trois ordres, en déterminant les coutumes de chaque lieu, avaient présent à l'esprit le droit romain pour les matières sur lesquelles la coutume était muette. Voilà pourquoi, dans presque toutes les coutumes, on trouve des renvois à la loi romaine, ou simplement au droit, à la loi, termes qui indiquent qu'en effet la coutume était la disposition spéciale, et le droit romain, le droit commun.

La coutume de Paris, celles de Normandie et de Bretagne, ne contenaient, il est vrai, aucune mention de cette nature, ni dans leur texte, ni dans le procès-verbal de leur rédaction : c'est donc à leur égard qu'a dû être limitée la question de savoir si, dans l'étendue de leur territoire, le droit romain devait être considéré comme loi commune et supplétive; et cette limitation n'avait point pour effet de détruire la distinction consacrée par nos usages entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit.

[1] *Observations sur Cout. de Bourgogne*, t. I, ch. III, p. 380. Dans l'*Histoire du Droit romain* de J. Doujat en latin (1678) se trouve à cet égard un chapitre remarquable par la justesse des vues, ch. VII, p. 69-89.

[2] Les coutumes furent complétées et éclaircies par les principes de la jurisprudence romaine. (Robertson, *Introduct. à l'Histoire de Charles-Quint*, p. 60.)

Mais la question, ainsi restreinte, en contenait une autre bien importante et plus étendue. Les coutumes, par elles-mêmes, ne s'appliquaient qu'à des objets déterminés, à des objets d'un certain ordre; elles n'enveloppaient pas toutes les matières qui pouvaient constituer une loi générale; il fallait donc une loi qui suppléât à leur insuffisance, une loi commune. Des praticiens, Brodeau en tête, pressés par cette nécessité, ont essayé, dès la fin du seizième siècle et au commencement du dix-septième, de faire passer en maxime, « que la coutume de Paris devait être le droit commun, dans le silence des autres coutumes[1]. » Mais cette généralisation de la coutume de Paris, cette prééminence, était repoussée et par son caractère, et par les circonstances de la confection des coutumes du royaume : par son caractère, elle était fort incomplète en elle-même, elle n'avait nullement la compréhension d'un corps de droit civil; par les circonstances de sa confection, elle excluait toute idée de généralité. Une coutume était acceptée par les trois Ordres de chaque province, sur la lecture qui en était donnée en présence des commissaires délégués par le roi. Celle de Paris ne fut rédigée en 1510 et réformée en 1580, qu'en présence des représentants des trois Ordres de la province à laquelle elle était applicable. Elle ne pouvait donc être étendue aux autres pays, qu'ils fussent dans les limites ou hors des limites du ressort du parlement de Paris.

Il devait paraître plus raisonnable de consulter les coutumes voisines; mais c'eût été encore un mode imparfait ou même vicieux, car les coutumes des provinces limitrophes étaient souvent, dans leurs diversités, inspirées d'un esprit opposé. Aussi des distinctions judicieuses étaient-elles adoptées, comme l'atteste le jurisconsulte Ricard[2] : « Pour l'interprétation d'une coutume, dit-il, on ne

[1] Brodeau, *Cout. de Paris*, préface, p. 2. — Ce qu'il y a de singulier, c'est que, pour généraliser la coutume de Paris, il se fonde sur un passage des *Institutes de Justinien*, liv. IV, tit. II. Il dit de Paris comme on disait de Rome : « Necesse est omnes provincias, Caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi : or la ville de Paris est la royale et capitale du royaume. »

[2] *Traité des Donations*, n° 646.

« peut avoir recours à la coutume voisine que quand les deux « coutumes qu'on veut expliquer l'une par l'autre ont des dispo- « sitions conformes, et que l'une se trouve *moins étendue que* « *l'autre*, mais non lorsqu'une coutume ne dit absolument rien « sur une matière... C'est la règle du *droit civil* qu'alors on doit « choisir.

« Nous tenons communément (dit-il sur la coutume de Senlis) « que dans les matières que nous avons tirées du droit romain, on « doit suivre le même droit, lorsqu'il s'agit de l'interprétation de « ce que nos coutumes en ont établi, sans avoir recours aux cou- « tumes voisines ou à celle de Paris, ne pouvant pas se trouver « d'explication plus sincère que dans sa source[1].

« Les coutumes (dit Domat) ont leur autorité particulière, et « chacune est bornée dans l'étendue de la province et du lieu où « elle s'observe [2]. »

La coutume de Paris ne pouvant être la loi générale, nulle autre coutume n'aspirant à cette prééminence, et un *droit commun* étant cependant nécessaire, c'était au droit romain seul que pouvait appartenir ce haut caractère de droit commun. Aussi les plus grands jurisconsultes des pays coutumiers, Dumoulin[3], Loyseau[4],

[1] Ricard, Commentaire des coutumes de Senlis, sur l'art. 161.

[2] *Traité des Lois*, ch. XIII, p. 26.

[3] Dumoulin, préface sur le titre Ier de la *Coutume de Paris*, nomb. 110. « *Mutuamus a jure romano quod et æquitate consonum et negotio de quo* « *agitur aptum congruumque invenitur, non quod nusquam subditi fueri-* « *mus Justiniano magno, aut successoribus ejus, sed quia jus illo auctore* « *a sapientissimis viris ordinatum*, tam æquum est, tam rationabile ut « omnium fere christianarum gentium usu et approbatione commune sit « effectum. »

Idem (Coutume de Paris, Glos. 1, § 15, n° 21) : « *Consuetudo est stricti* « *juris, ergo debet manere in terminibus suis.* — Consilium 46 : *Ita debet* « *consuetudo intelligi ut magis conformetur juri communi. Jus commune* « *Romanorum, id est, jus scriptum per Justinianum magnum, Constanti-* « *poli editum, quod est commune omnium, etiam non Romanorum.* » (*In consil. ph. Decii*, Consult. 684, t. III, p. 829.)

[4] Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. II, n° 16, p. 5. « De tout ce « discours résultent trois points fort à noter pour notre droit français : le « premier est qu'encore que plusieurs de nos coutumes ne fassent aucune

Guy Coquille[1], Charondas[2], Lathaumassière[3], Ricard[4], le savant canoniste J. Doujat[5], et le président Bouhier[6], qui a traité le sujet à fond, ont-ils constamment professé la doctrine conforme aux ré-

« mention de cette action personnelle, si est-ce que puisqu'elle est fondée « *au droit romain*, que nous appelons en France *le droit commun*, elle doit « avoir lieu généralement par toute la France, pourvu qu'il n'y soit expres- « sément dérogé par *la coutume du lieu*... — Encore que les Français ne « soient nullement sujets aux lois romaines par droit de supériorité......, « cognaissant que les Romains ont été les plus braves politiques et les « plus grands justiciers de toute la terre, nous avons en France reçu *leurs* « *lois* pour *droit commun*, en tant qu'il n'y est pas dérogé, ou expressément « ou en conséquence, par notre *droit français*, qui consiste aux ordonnances « de nos rois, aux coutumes de nos provinces et aux arrêts de nos cours « souveraines. »

Idem, loc. cit., p. 27, n° 5.... « Il y a une maxime au palais, que les cas « omis ès coutumes doivent être décidés selon la disposition du droit ro- « main, que pour cette cause nous appelons le droit commun. »

[1] Guy Coquille, *Questions*, n° 308, t. II, p. 329 : « Les lois romaines, par le « moyen des grandes raisons et bien politiques sur lesquelles est leur fon- « dement, à bon droit ont été reçues par nous pour nous aider quand les « constitutions de nos rois ou nos coutumes nous défaillent, ou pour inter- « préter nos coutumes. — Et les grands effets provenus du gouvernement « politique de Rome font connaître que ce peuple, par *don de Dieu*, avait « la lumière de l'entendement bien nette et le cœur bien franc. »

[2] Charondas, *Réponses*, livre III, p. 96.

[3] Lathaumassière, *Notes sur les Coutumes de Beauvoisis* par Beaumanoir, p. 361, dit, en parlant du droit de Justinien : « Nous l'avons d'un consen- « tement tacite unanimement adopté pour notre droit commun. »

[4] Ricard, *Donations*, t. I, part. Ire, n° 45, et art 161, *Coutumes de Senlis :* « En pays coutumier, nous ne le considérons pas (le droit romain) comme « une loi absolue et à laquelle nous soyons assujettis par nécessité ; mais « nous en avons reçu la raison, et comme il est composé des sentimens « des esprits les plus éclairés qui aient jamais été au monde dans la juris- « prudence, nous nous servons de leurs décisions pour y conformer les « nôtres, autant que notre *usage peut le permettre*. » — *Idem*, n°s 645-648.

[5] J. Doujatius, *Historia Juris civilis Romanorum* (1678). « Hinc, lex « Romanorum, legum omnium mater merito appellatur. — Ubi jus nostrum « deficit ad jus romanum tanquam ad limpidissimum non solum æquitatis, « sed et edictorum atque institutionum nostrorum fontem, recurri oportere « cum plerisque jurisconsultis gallicis assevero. » (P. 84 et 86.)

[6] Le président Bouhier, *Observations sur la Coutume de Bourgogne*, chapitre I, et surtout chapitre IV. Le président du parlement de Bourgogne, très-savant, très-lettré, s'est aussi, par son commentaire de la *Coutume de Bourgogne*, élevé au plus haut rang parmi les auteurs coutumiers.

sultats historiques, que le droit romain, sous la coutume de Paris, comme sous les autres, était le supplément naturel et nécessaire de la loi municipale.

On lit dans quelques ouvrages que deux célèbres magistrats du parlement de Paris, les premiers présidents Lizet et Christophe de Thou, étaient divisés sur la solution de cette question, autant d'histoire que de droit[1]; mais leurs opinions divergentes venaient, pour l'application, se réunir dans cette maxime, expression d'un fait social : « Le droit romain est observé partout, non par l'auto- « rité de son origine, mais par l'autorité de la raison. *Servatur* « *ubique jus romanum non ratione imperii, sed rationis im-* « *perio.* » Et c'est devant le parlement de Paris que Lemaître, dans un de ses plaidoyers, proclamait cet axiome consacré sur le droit romain et les coutumes : « Que, les exceptions cessant, on « reprenait la règle générale[2]. »

C'est la même pensée qui, dirigeant Domat dans ses recherches sur les principes des Lois civiles, lui a fait marquer ainsi les causes qui établissent la règle générale et l'exception : « On voit « dans le droit romain que, comme la plupart des matières qui « s'y trouvent de notre usage, sont des *matières naturelles*, les « règles en sont aussi presque toutes des *lois naturelles*; au con- « traire, comme la plupart des matières de nos coutumes sont des « matières arbitraires, la plus grande partie de leurs règles sont « *arbitraires aussi* et différentes en divers lieux. » — Il dit ailleurs : « Comme le droit romain est le droit commun en tout « ce qui n'est pas aboli ou contraire à notre usage, il doit à plus « forte raison nous servir de Loi, quand ce qu'il ordonne est du « droit naturel ou de l'équité[3]. »

[1] Guy Coquille, *Préface sur Cout. de Nivernais*, Ferrière, *Inst.*, tom. VII, ch. XXVII. Le président Bouhier révoque ce fait en doute, et cite à l'appui de son opinion Mornac et Brodeau, p. 396.

[2] 12e Plaidoyer, p. 224, édit. 1667. C'est ce que disait aussi Choppin : *Deficiente municipiorum jure proprio, romanum invocarunt Galli veteres. — In dubiis causis statuta regionum sumunt interpretationem a jure civili.*

[3] Domat, *Traité des lois*, ch. XI, p. 17, et *Lois civiles*, livre IV, préf., n° 11. — Voir aussi Cujas sur le *Livre des fiefs*, liv. IV, tit. XIV.

Ainsi, la doctrine des plus grands jurisconsultes s'attachait à la suprématie du droit romain, considéré comme droit commun.

Cependant, à partir du dix-huitième siècle, l'opinion de Brodeau à laquelle Eusèbe de Laurière donna son appui, gagna des partisans dans la pratique; et la maxime s'établit alors, dans la jurisprudence des pays coutumiers, qu'en cas de silence ou d'obscurité des coutumes locales, la coutume de Paris devait être suivie. Mais de Laurière reconnaissait en 1723 que c'était une pratique nouvelle; et, comme la coutume de Paris n'embrassait pas toutes les matières du droit, il en résultait que, même à côté de la prédominance de la coutume de Paris, le droit romain restait toujours avec son autorité de loi supplétive[1]. C'est ce qui fut reconnu dans les Actes de notoriété sur la jurisprudence du Châtelet[2].

[1] De Laurière, *Préface des Établ. de saint Louis*, *Ord. du Louvre*, t. I. L'ouvrage de Bourjon sur le *Droit commun* n'est que la *Coutume de Paris* ainsi appliquée.

[2] *Recueil des Actes de Notoriété*, par Denisard, p. 336; Acte de 1708; édit. 1759; et Ferrière, *Institutes*, t. VII, p. 400, édit. 1760.

SECTION DEUXIÈME.

Esprit des coutumes, ou droit civil de la féodalité.

L'étendue du droit féodal et coutumier, quoique limitée par l'objet des coutumes écrites, était encore très-vaste, et il faut saisir dans une vue d'ensemble ce que le droit romain a eu à combattre, à modifier, à détruire, afin de pénétrer la société de son esprit, et de transformer le droit positif; il faut pouvoir apprécier aussi jusqu'à quel point il s'est combiné avec les principes du droit coutumier.

Montesquieu, ouvrant le 30e livre de l'*Esprit des Lois*, le livre sur la féodalité, a dit : « C'est un beau spectacle que celui des « lois féodales ! » — Malgré l'autorité du génie de Montesquieu, on hésite à accepter cette pensée dans le sens qu'elle présente d'abord à l'esprit. Si l'on examine les lois féodales dans leur principe et dans leurs résultats, on voit la force enchaînant les personnes et les choses, et soumettant la condition de l'homme à la condition de la terre : triste spectacle sans doute ! Si l'on examine les institutions et les coutumes féodales dans leur ensemble, on y trouve un développement logique et rigoureux du principe fondamental de la féodalité : la force a fondé le système, et les institutions accessoires se rattachent plus ou moins au principe. Dans l'enchaînement de ces institutions, de ces usages si divers, dont les anneaux se découvrent au milieu de la confusion extérieure du monde, il est un beau spectacle, il faut le reconnaître, c'est celui de la raison humaine faisant sentir par cette logique des faits sa puissance irrésistible dans le sein même d'un monde qui semblait créé contre elle. Sous ce rapport, la pensée de Montesquieu peut être inscrite sur les ruines de la féodalité; mais, sous un autre rapport qui pourrait se présenter à l'esprit, le génie de Montesquieu, en proclamant la beauté du spectacle des lois féo-

dales, si l'on voulait considérer le fond des choses, n'aurait-il pas un instant méconnu le génie de l'humanité? Cela même doit nous convaincre que cette dernière interprétation serait fausse; elle serait en contradiction avec la gloire justement décernée à ce grand homme d'avoir « retrouvé les titres du genre humain. »

Cherchons donc, avec cette pensée qui a dû être celle de Montesquieu, avec cette pensée de relations intimes et logiques entre les lois féodales, à nous rendre un compte approfondi de l'esprit des coutumes, à coordonner dans un tableau général le droit civil de la féodalité.

Et d'abord attachons nos regards sur l'origine générale des coutumes.

§ Ier. — ORIGINE GÉNÉRALE DES COUTUMES.

C'est un grand problème historique que cette question d'origine. Il a été soigneusement examiné par de Laurière[1], Bretonnier[2], le président Bouhier[3], Grosley (de Troyes)[4], sans parler ici des auteurs contemporains, morts ou vivants. Après ces recherches savantes et laborieuses, on peut rester encore incertain. Chacun de ces jurisconsultes-historiens présente des conjectures, des probabilités. Préoccupés de l'effet que la question d'origine peut exercer sur la jurisprudence de leur temps, ils se placent peut-être sous un point de vue trop exclusif. La division de la France en pays de coutumes et en pays de droit écrit était toute vivante aux dix-septième et dix-huitième siècles; il y avait rivalité de jurisprudence et d'école. De Laurière et Grosley étaient grands partisans du droit coutumier; ils tenaient à honneur de prouver qu'il y avait un Droit français à la hauteur des Lois romaines. Bretonnier et le

[1] *Bibliothèque des Coutumes ; Conjectures sur l'Origine du Droit français*, sous les noms de Laurière et de Berroyer : Loger est réputé auteur de la préface.

[2] *Dissertation servant de préface aux œuvres d'Henrys.*

[3] *Observations sur la coutume de Bourgogne*, t. I, ch. IX, p. 150.

[4] *Recherches pour servir à l'Histoire du Droit français.*

président Bouhier, zélés admirateurs du Droit romain, faisaient, comme les écrivains catholiques du dix-septième siècle à l'égard des protestants, une guerre de science et d'autorités contre les *novateurs coutumiers*. Ils travaillaient ardemment à maintenir les coutumes dans une région bien inférieure au droit romain, objet de leur culte. Ces quatre jurisconsultes ne s'accordent donc nullement sur les bases de leurs systèmes; ils s'accordent seulement sur le rejet de certaines opinions : ainsi de Laurière, Bretonnier, Bouhier et Grosley professent tous l'opinion trop absolue que les coutumes ne viennent pas de l'ancien droit germanique; mais de Laurière, partisan des coutumes, les rapporte à l'oubli des anciennes lois, à la révolution obscure et féodale des neuvième, dixième et onzième siècles; Bretonnier, leur antagoniste, s'arrête aussi à cette nuit de trois siècles; Grosley, ami du droit coutumier, remonte au contraire à des époques bien antérieures; il va jusqu'aux Gaulois, en les confondant avec les Germains, sans se rendre compte des différences qui existent entre les récits de Jules César et ceux de Tacite; et le président Bouhier, zélateur des lois romaines, bien que commentateur de coutumes, détermine neuf sources différentes, desquelles les coutumes de France ont pu dériver : il part aussi des lois gauloises, des mœurs germaniques, et arrive par degrés jusqu'aux préjugés personnels des réformateurs du seizième siècle, préjugés qu'il assigne comme la dernière source des coutumes provinciales. — Si Grosley se reporte aussi haut que Bouhier, il est loin d'être d'accord avec lui; il donne beaucoup plus d'importance aux premières sources, beaucoup moins à l'influence des siècles féodaux, et il se met en contradiction ouverte avec le savant président sur le règne du droit romain en France et la généralité de son caractère comme droit commun.

Il nous semble que, dans des questions de cette nature, il faut, avant tout, tâcher d'éclaircir ce qui existe, et chercher des résultats utiles. Toute conjecture historique qui ne peut se résoudre en résultats appréciables doit être écartée. De quoi s'agit-il, en effet, dans ces recherches du jurisconsulte-historien? De savoir quelle

est l'origine des coutumes qui ont formé pour la France ce qu'on appelle, en histoire et en usage judiciaire, le droit coutumier : en étudier l'origine dans ce sens, c'est rechercher l'ensemble des faits auxquels les coutumes se rattachent, le système social qui a dû leur donner naissance; et le but de cette recherche, c'est de connaître leur véritable esprit, leur système fondamental.

Les coutumes ont été fixées par écrit aux quinzième et seizième siècles; en remontant le cours des âges pour trouver leur origine, il ne faut pas certainement s'arrêter au quinzième : il serait impossible de comprendre leur esprit; il y a nécessité de remonter bien plus haut que la première rédaction des coutumes, car elles préexistaient dans les mœurs des peuples. Mais, en s'engageant ainsi dans les obscurités du passé, on ne doit pas perdre de vue que l'intérêt de ces recherches est surtout de lier au passé les usages existants dans les temps modernes.

Avant l'époque féodale, les peuples avaient des lois bien connues qu'on appelait Loi salique, Loi ripuaire, Loi gombette, Loi romaine; c'était un droit écrit attesté par le *Liber legum* remis aux comtes et magistrats, et appliqué à chacun selon son origine ou la loi de son choix [1] : il y a donc preuve historique qu'avant la féodalité nos coutumes, à proprement parler, n'existaient pas, mais qu'il est impossible de faire abstraction de traditions germaniques et gallo-romaines.

On sait, par l'histoire, que la féodalité a été l'institution dominante dans les neuvième, dixième, onzième et douzième siècles; et qu'aux lois *personnelles* ont succédé des coutumes *réelles* ou territoriales; que les coutumes, soit provinciales, soit locales, se sont établies dans le cours de ces siècles d'oppression et de désordre; n'est-ce pas un témoignage historique de leur filiation féodale?

Qu'on interroge les coutumes en elles-mêmes, les matières qui les composent : leurs dispositions sur la propriété, sur les per-

[1] Voir sur les *Libri legum* et les manuscrits des Lois la savante préface de la Loi salique dans le recueil de M. Pardessus; voir aussi mon *Hist. du Droit*, tome III, p. 60.

sonnes, sur les successions, sur les droits de famille, sur les juridictions, doivent nécessairement éclairer de vives lueurs leur esprit et par conséquent leur origine. Eh bien, ces données positives, ces lumières des textes, manifestent évidemment l'esprit général de cette institution qui a eu sur les peuples un caractère profond et soutenu de domination : la Féodalité.

Qu'on interroge encore les coutumes dans leurs relations avec les lois antérieures à la féodalité ; et si l'on n'y trouve pas généralement des rapports essentiels et fondamentaux soit avec les lois barbares, soit avec les lois romaines, qui étaient seules connues et suivies avant l'époque féodale, n'aura-t-on pas acquis la certitude tout à la fois historique et rationnelle, que les coutumes ont leur source principale non dans ces lois, mais dans la féodalité?

Sans doute, certaines traditions des temps antérieurs, des mœurs gauloises, des lois romaines et germaniques, se seront maintenues dans les coutumes locales. Il ne peut y avoir entre le passé et le présent des peuples un abîme tellement large et profond, que rien ne se communique de l'un à l'autre. Mais il ne s'agit pas ici de chercher curieusement le sens de traditions particulières ; il s'agit de reconnaître la cause vraiment créatrice, d'éclairer l'esprit des institutions coutumières par leur origine générale, et, réciproquement, d'éclairer aussi leur origine par la lumière qui jaillit de la nature intime des coutumes. Si donc cette recherche attentive nous place directement et nécessairement en présence du régime féodal ; si les principes des coutumes offrent des rapports nombreux et susceptibles d'être systématisés avec la féodalité et ses principes fondamentaux, nous ne devons pas hésiter à proclamer que la féodalité est la source générale des coutumes, et que les coutumes sont le droit civil de la féodalité.

Or nous justifions ce point de vue par les résultats mêmes sur lesquels sont d'accord les historiens jurisconsultes dont nous avons parlé, résultats soutenus d'ailleurs par les faits et par les textes.

Les jurisconsultes sont d'accord sur ces deux points essentiels dont déposent les monuments :

Le premier, que les coutumes sont différentes du droit romain, que souvent elles lui sont opposées, et qu'en un mot ce n'est pas de lui qu'elles tirent leur origine. Le président Bouhier est le seul qui ait voulu rapporter au droit romain des dispositions vraiment coutumières, comme les censives, les droits d'aînesse, le retrait lignager, le retrait féodal, la communauté conjugale[1], etc., etc. Grosley a réfuté facilement des inductions souvent forcées[2]. Par l'opposition même qui existe, aux yeux de tous, entre le droit romain et le droit des coutumes, il est clairement établi que les coutumes, prises dans leur nature générale, ne sont pas nées du droit romain; car il est impossible de concevoir un effet qui n'ait pas de rapport direct avec sa cause prétendue; ce rapport, présent ou absent, est un mode de vérification infaillible, puisqu'il repose sur la loi fondamentale de la raison humaine, le principe de *causalité*. C'est ainsi que Vico[3] a démontré contre Godefroy, par l'opposition qui existait entre l'esprit de la loi des douze tables et l'esprit des lois de la Grèce, que la première ne tirait pas son origine des secondes, bien qu'elle leur ait fait des emprunts particuliers; et aujourd'hui c'est une doctrine érigée en certitude.

Le second point, sur lequel les opinions sont aussi d'un accord presque unanime, c'est que les coutumes de France, en général, (et sauf quelques exceptions dans la région du Nord et de l'Est) ne viennent pas des lois barbares ou germaniques. De Laurière et Bretonnier le démontrent; Bouhier reconnaît la force de la démonstration : « La première opinion, dit-il[4], est que les coutumes « sont un mélange des lois du code théodosien et de celles des « anciens Francs et Bourguignons, lesquelles étaient d'abord af- « fectées aux différentes nations qui habitaient les Gaules : mais « ces peuples s'étant tellement confondus, sous la troisième race

[1] Bouhier, *Observ.*, t. I, ch. I, p. 362.

[2] L'éditeur de Bouhier en fait l'aveu dans une note détaillée sous le ch. IX.

[3] Vico, *de Constantia Jurisprudentis.*

[4] *Cout. de Bourgogne, Obs.*, ch. IX, p. 431.

« de nos rois, qu'il ne fût pas possible de les distinguer pour les « juger suivant leur droit, la confusion se jeta dans les lois, et du « tout ensemble il se forma des résultats qui furent appelés cou- « tumes. Ce sentiment a déjà été solidement réfuté par les sa- « vants auteurs de la Bibliothèque des Coutumes (Loger, de Lau- « rière et Berroyer), dont la raison principale est que notre droit « coutumier, surtout avant les dernières réformations, n'avait « presque aucun rapport avec le droit commun, non plus qu'avec « les lois salique, ripuaire, bourguignonne et autres pareilles; il « n'a donc pu être formé du mélange de toutes ces lois. »

Les faits les plus saillants doivent être ici rappelés à l'appui de cette opinion, d'après les auteurs de la Bibliothèque des Coutumes.

« Les lois romaine, salique, ripuaire et autres (disaient-ils), « étaient affectées à de certaines nations et non pas à de certains « pays seulement; ainsi la loi romaine était pour tous les Gaulois « originaires, en quelque lieu qu'ils demeurassent; la bourgui- « gnonne, pour les Bourguignons[1], — Ces lois étaient attachées « aux personnes et non aux lieux; les différentes nations qui les « suivaient étaient répandues partout. Il n'y a pas de raison d'at- « tribuer l'origine d'aucune de nos coutumes à l'une de ces an- « ciennes lois plutôt qu'à l'autre; et ce serait une vue bien fausse « de s'imaginer, par exemple, que les coutumes de Bourgogne « sont tirées de la loi gombette, parce qu'elle était celle des Bour- « guignons[2].

Il est reconnu que chacun avait le droit de choisir sa loi, et qu'on était tenu de faire la déclaration de la loi sous laquelle on entendait vivre[3]. — Il est attesté par Agobard[4] que la loi gom-

[1] Agobard, *Adv. Leg. gondob.*, n° 4.

[2] *Biblioth. des Coutumes*, p. 7.

[3] *Lois des Burg.*, ch. LX. — C'est l'opinion de Montesquieu qui a été combattue de nos jours par Augustin Thierry dans ses belles *Considérations sur l'Histoire de France*. Les textes justifient l'opinion des auteurs de la *Bibliothèque* et de l'*Esprit des Lois*.

[4] Agobard, *Adv. Leg. gondob.*

bette, qui était la loi germanique des Bourguignons, n'était suivie que de peu de gens, « *cujus legis homines sunt* « *perpauci;* » qu'il arrivait souvent que cinq personnes, se rencontrant dans une même maison, vivaient sous cinq lois différentes. — Comment tant de diversités auraient-elles pu enfanter des usages uniformes dans chaque province, dans chaque localité? La fusion n'aurait pas été possible; et l'on ne pourrait comprendre, en remontant à cette époque, l'unité d'un usage local, que par la domination, dans chaque province, d'une loi sur toutes les autres; mais alors c'eût été ou la loi romaine, ou la loi gombette, ou la loi ripuaire, etc., qui aurait dominé et absorbé les autres lois, et qui aurait fait le fond de l'usage provincial. Dans les coutumes, on retrouverait donc les traces vivantes, multipliées, de l'une ou de l'autre de ces lois. Or, nos anciens jurisconsultes les plus versés dans l'étude des lois et des antiquités nationales[1] constatent que nos coutumes n'ont point de rapports généraux avec les lois germaniques; et les textes le démontrent, sauf en quelques provinces de l'Est et du Nord, comme l'Alsace et la Lorraine qui ont dépendu de l'Empire.

Pour se convaincre, de prime abord, que nos coutumes n'étaient pas un retour vers les lois primitives des peuples germains, et qu'elles n'ont pu se former que dans les ténèbres de la révolution féodale des neuvième, dixième et onzième siècles[2], il suffit d'examiner les maximes qu'elles nous ont transmises avec le plus de généralité, et les matières principales qui les composent.

Leurs maximes les plus générales sont étrangères ou même opposées à la loi salique : ainsi, la règle coutumière, les propres ne remontent point, est contraire aux lois salique et ripuaire qui appelaient les père et mère à la succession de leurs enfants prédécédés sans distinction de biens[3].

[1] De Laurière, Bretonnier, Bouhier, etc.

[2] Les *Capitulaires* s'arrêtent à Charles le Simple, en 888; près de quatre cents ans s'écoulent jusqu'aux établissements de saint Louis; c'est dans cet intervalle que se place l'établissement des coutumes.

[3] *L. sal.*, tit. *de Alode*, § 1er. — *Lex Ripuar.*

Ainsi, l'usage de la dot apportée par la femme à son mari est contraire aux habitudes des peuples du Nord, chez lesquels les maris dotaient leurs femmes, et aux titres 46 de la loi salique, 57 de la loi ripuaire[1]. Le douaire, il est vrai, tire son origine des usages germaniques, le don du matin *(morgengabe)*, mais il ne vient pas de la loi salique et il s'est combiné avec d'autres principes.

La règle coutumière, que les *époux ne peuvent s'avantager* pendant le mariage, est contraire à la loi ripuaire et aux formules de Marculfe qui atteste l'usage suivi dans les premiers siècles[2].

La distinction fondamentale, dans les coutumes, entre les *propres* et les *acquêts*, et la prohibition de disposer des propres, sont étrangères aux lois salique et ripuaire qui permettent, dans le titre *de affatomiæ*, de disposer de toute sa succession par forme de contrat solennel[3].

Le mode de succession d'après la règle *paterna paternis, materna maternis*, qui affecte les biens paternels aux parents collatéraux du côté paternel et les biens maternels aux parents de la branche maternelle, règle qui a eu tant d'importance et de généralité dans les pays coutumiers, est étrangère aux lois salique et ripuaire et opposée aux formules de Marculfe[4].

Le retrait lignager, qui a étendu son action dans les pays de droit écrit comme dans les pays coutumiers, est étranger aux lois germaniques.

La représentation, en ligne directe, qui n'était pas connue des lois germaniques, s'est établie dans la plupart des coutumes, excepté quelques contrées du Nord[5].

[1] *Lex salica*, 46 ; Roussilh., *de la Dot*, t. I, p. 6 ; *L. Ripuaire*, tit. 57.

[2] Marculph., *Lex Ripuar.*, tit. 49-50. V. Canciani, II, 309. *Formul.*, lib. I, c. XII ; Lib. II, c. VII, XVII, XX.

[3] *Loi salique*. — Tit. XLVIII, *de affatomiæ*. — Voir mon *Histoire du droit*, tome III, liv. IV. ch. v, p. 201.

[4] *Loi salique*. — tit. LIX, *de alodis*. — Tit. de *chrenechruda*. où il y a renonciation à la famille, à la parenté en général.

[5] Elle n'était pas admise en ligne *directe :* dans les coutumes de Ponthieu, art. 8 ; ; d'Artois, art. 95 ; du Hainaut, art. 77 ; de Lille, art. 10, que la

Le combat judiciaire, qui fut si longtemps la base de la procédure féodale, n'était pas admis par la loi salique. Il ne l'était que par la loi des Ripuaires et des Bourguignons; c'étaient les épreuves par le feu et l'eau bouillante qui constituaient l'usage vraiment barbare.

Enfin un caractère fondamental exclut toute relation de nature entre les lois barbares et les coutumes : les lois germaniques étaient purement *personnelles*, et les coutumes étaient essentiellement *réelles* ou attachées aux lieux[1].

On se tromperait donc étrangement, si l'on regardait nos coutumes comme l'image des institutions existantes chez les peuples du Nord, à l'époque de l'invasion. Bien des maximes générales et des institutions, comme nous le prouverons plus tard, viennent de la féodalité. Cependant, ici nous nous séparons des anciens jurisconsultes, en reconnaissant que la féodalité avait son principe dans les mœurs germaniques et les relations du chef et des compagnons. Les dons en terre ont pris la place des dons de la framée, du cheval de combat, que le chef accordait à ses fidèles. La féodalité est sortie de la conquête, sans doute, mais elle était en germe dans les mœurs germaniques; seulement c'est un état de société tout différent de l'état des Barbares au temps des invasions et des Lois salique et ripuaire.

Il faut donc bien s'entendre quand on parle des origines :

Nos coutumes du moyen âge ne sont pas d'origine germanique, en prenant ce mot dans le sens des lois germaniques rédigées par les barbares après l'invasion; elles sont d'origine féodale. Toutefois, comme la féodalité militaire, c'est-à-dire la féodalité de la première époque du moyen âge, tenait aux mœurs des Germains, l'origine féodale des coutumes se lie nécessairement au principe et à la nature des institutions germaniques :

coutume de Bourbonnais a suivies, art. 77; — *En ligne collatérale* : à Senlis, art. 149; à Clermont, art. 156 (De Laurière, *Inst. de Loysel*, I, 361)

[1] Loysel, liv. II, art. 4; De Laurière, *idem*, p. 346.

mais l'état de conquête et le temps avaient donné à la société féodale des usages tout différents de ceux attestés par les lois des Saliens, des Ripuaires, des Burgondes et des Visigoths établis sur le sol de la Gaule.

La féodalité militaire, qui a imprimé la première forme aux coutumes féodales, avait reçu une forte impulsion de l'établissement des Lombards en Italie et des Normands en France. Elle a répandu ses institutions avec ses conquêtes en Italie, en Sicile, en France, en Angleterre, plus tard en l'Orient; et les coutumes de France, celles qui ont traversé le moyen âge et qui sont restées le fond de notre droit coutumier, se sont modifiées par tous les éléments de vie sociale qui prenaient empire dans l'Europe : les communes, le droit romain, le droit canonique. De cette association est née la féodalité civile et politique, sous laquelle se sont développées les coutumes du moyen âge, et qui est toute différente de la féodalité militaire proprement dite[1].

L'esprit des anciennes institutions germaniques s'était affaibli par degrés sous les derniers rois de la deuxième race et les premiers de la troisième. Le nom même de la loi salique tomba dans l'oubli. Cette loi, qui privait les femmes du droit de succéder aux anciens héritages, à la terre salique, tant en ligne directe que collatérale, ne passa point dans l'usage général de la société civile[2] : elle ne se conserva dans les mœurs françaises, comme une règle inviolable, que relativement à la transmission de la couronne de France de mâle en mâle. L'ordre de primogéniture, usage différent, ne s'est établi que vers l'an 954, sous Lothaire, fils de Louis-d'Outre-Mer; il s'incorporait au fief principal pour en assurer la transmission entière à l'aîné[3]. Sous Philippe de Valois, où la question de succession au trône fut grandement agitée, on invoqua la coutume, et non la loi salique, dont le titre ne paraît avoir été

[1] Sur cette distinction entre les deux espèces de féodalité, voir mon *Hist. du Droit*, tome V, *in princip.*

[2] *De terra vero salica nulla portio hæreditaris mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota hæreditas perveniat* (*L. sal.*, tit. de Alode, § 6).

[3] *Ordonnances du Louvre*, t. I, préface. *Esprit des lois*, liv. XXVIII.

rappelé pour la première fois, que sous Louis XII, par Claude de Seissel, évêque de Marseille[1].

Si l'on prouve par la généralité des *maximes* coutumières et par les faits, que nos coutumes écrites ne furent pas conformes aux lois germaniques, on le prouve aussi d'une matière non moins péremptoire, par les *matières* qu'elles embrassent.

Les matières principales qui se retrouvent dans toutes les coutumes sont issues de la féodalité : cela est évident pour certains objets, comme la distinction essentielle des fiefs et des censives, les droits seigneuriaux, les distinctions correspondantes des personnes et des biens nobles et roturiers, et tout ce qui s'y rattache, les retraits féodaux et lignagers, les gardes nobles, etc. Ces matières occupent une très-grande place dans toutes les coutumes.

Pour d'autres objets, comme les successions des propres, les gardes bourgeoises, la communauté conjugale, le don mutuel, etc., l'origine féodale n'est pas aussi directe, mais la dérivation s'établit comme conséquence, ainsi qu'on le verra dans la suite de ce livre. Ce qu'il y a de certain, dès ce moment, c'est que toutes ces matières sont des spécialités inconnues également au droit romain et aux lois germaniques, et qu'elles ont été connues seulement après la révolution féodale des neuvième, dixième, onzième siècles. Sorties de l'époque et du principe de la féodalité immédiatement ou médiatement, elles devaient, pour la plupart, vivre et mourir avec elle; et, en effet, la Révolution de 1789, qui seule a pu arracher la féodalité du sein de la société civile, a emporté dans son cours presque toutes les institutions coutumières.

Ainsi, le fondement de notre système historique sur les coutumes est celui-ci : les coutumes ont au plus haut degré le caractère de diversité; mais, nées pendant la durée de l'époque féodale et de l'esprit dominant de cette époque, elles ont aussi, sous ce

[1] Fleury, *Histoire du Droit français;* dans Argou, t. I, p. 72; dans le *Manuel* de M. Dupin, p. 166. — Le titre de l'ouvrage de Seyssel est *Loy Salique*.

rapport, un caractère d'unité : les variétés de détail sont presque infinies; mais la communauté de l'origine donne aux coutumes un principe identique, un esprit commun; elles réfléchissent la féodalité, ses principes, ses développements, ses combinaisons avec d'autres éléments anciens et nouveaux; elles constituent, dans un sens général, le droit civil de la féodalité.

Considérée à l'égard du christianisme et du droit romain, la féodalité dominante, c'est la réaction de l'élément barbare ou matériel contre le spiritualisme de l'un et de l'autre. — Considérée en elle-même et abstraction faite des éléments antérieurs, la féodalité, c'est la force qui s'unit et s'incorpore à la propriété territoriale, qui s'isole et s'immobilise dans un cercle étroit; c'est la force qui, s'emparant des hommes et des terres, identifie et subordonne leurs conditions, met les rapports *réels* à la place des rapports *personnels*, et enchaîne les hommes et les choses des liens héréditaires du servage et de la vassalité. L'isolement et l'hérédité forment le double caractère de la féodalité, comme la force matérielle en est le principe.

Mais la féodalité n'a pas été toujours semblable à elle-même; elle a eu, comme on l'a fait pressentir, ses phases, ses transformations. Pour bien comprendre l'origine et le droit des coutumes, il faut reconnaître ces époques successives.

Ire *Époque. — Naissance et développement de la féodalité.*

Chaque nation germaine, avant l'invasion, comptait un chef, des hommes libres et des serfs[2]. — Après l'invasion, à cette

[1] Beaumanoir, *Cout. de Beauv.*, proleg. « Chaque seigneurie avait son « droit civil, et dans tout le royaume il n'y avait peut-être pas deux « seigneuries qui fussent gouvernées de tous points par la même loi. »

« Il est notoire, dit Brodeau, que depuis le déclin de la race de Charle- « magne, les comtes, pour la plupart, ont donné des lois et coutumes à leurs « peuples : *Jura dabant populis.* » (Brodeau, *Cout. de Paris*, I, p. 15.)

[2] Voir *Essais* de M. Guizot *sur l'Histoire de France*.

classe de personnes fut ajoutée celle des Gallo-Romains. Les Romains, dans les compositions de la loi salique, n'étaient estimés que la moitié d'un Franc-Salien. — Les rois des deux premières races avaient leurs antrustions, leurs comtes, leurs fidèles ou leudes, c'est-à-dire compagnons, et leurs seniores (*anciens*)[1].

Chez les Francs, avant et après l'invasion, les biens fonds étaient possédés par des hommes libres, à la charge de concourir à la défense du territoire. Ces biens n'étaient pas transmissibles aux femmes; ils passaient aux héritiers mâles, seuls capables de porter les armes. Chez les Francs-Saliens, c'était la terre salique; chez les Francs ripuaires, c'était l'alleu (*al-od*), terre venant des ancêtres[2].

Trois opinions se sont formées sur la question de savoir quelle avait été la portion de terres que les vainqueurs Francs avaient enlevée aux indigènes, appelés généralement Romains[3].

Les uns ont pensé que les Francs dans le Nord, comme les Goths dans le Midi, avaient pris les deux tiers du territoire envahi (un tiers pour le chef, ce qui formait la portion du fisc, un tiers pour les soldats), le dernier tiers restant aux habitants originaires[4].

Les autres ont présumé que le roi seul s'était emparé d'un tiers du territoire, et en avait ensuite concédé des parties à ses capitaines ou fidèles, à titre de *benéfices*[5].

Enfin d'autres, et c'est l'opinion reçue aujourd'hui, ont pensé que Clovis ne s'était emparé que de la portion qui avait appartenu

[1] Antrustiones, qui sunt in *truste* dominica regis. — *Senior* n'avait pas encore la signification de *senioratus, seigneur*, que lui a donnée la féodalité. *Capitul.* 856; Baluz., t. II, p. 83, dit : « *Et mandat vobis noster senior* « (Charles-le-Chauve) *quia si aliquis de vobis talis est cui suus senioratus* « *non placet*, etc. »

[2] Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France.*

[3] Constit. de Clotaire Ier, an 560. — Baluz., n° 1, p. 7.

[4] *Histoire générale du Languedoc*, liv. VII, n° 92; Pithou, *ad Legem salicam;* Baluz., t. II, p. 704.

[5] Chantereau-le-Fèvre, *Origine des fiefs*, liv. III, ch. III, p. 156.

au fisc impérial et à des Romains en dignités, déchus de leur pouvoir[1].

Une chose certaine, dans toutes les hypothèses, c'est : 1° qu'une étendue de terre, plus ou moins grande, resta aux habitants du pays, et que leurs propriétés continuèrent à être régies par les lois romaines qui étaient en vigueur avant l'invasion; — c'est 2° que, si, dans le partage, une portion du territoire échut immédiatement aux capitaines ou soldats vainqueurs, cette portion fut régie par les lois de ces nouveaux possesseurs, par les lois barbares qui connaissaient la terre salique et l'alleu, c'est-à-dire une propriété libre, appartenant à des hommes libres. — Les terres possédées, après l'invasion, soit par les indigènes, soit par des Germains, étaient donc, suivant la loi barbare ou la loi romaine, des terres allodiales, des terres libres.

Les rois de la première et de la deuxième race, représentant les chefs de l'invasion, avaient donné à leurs fidèles de vastes possessions, faisant partie de leur lot, de leur domaine, à la charge du service militaire. Ces biens ainsi donnés s'appelaient bénéfices, c'est-à-dire bien du fisc (*beneficia*, *bona fiscalia*). Ces bénéfices étaient révocables, temporaires, quelquefois viagers, quelquefois transmissibles. Du temps de Charlemagne, ils étaient encore personnels[2]. Le bénéficiaire tenant son bénéfice ou du roi ou d'un fidèle qui avait concédé la terre, à l'imitation du roi, était obligé de suivre l'un ou l'autre à la guerre, en conduisant les hommes de son bénéfice. — Les Comtes, qui tenaient leur mission du roi seulement, rassemblaient, à l'appel du roi, et conduisaient aussi les hommes libres de leurs comtés. — Louis le Débonnaire en 840, et Charles le Chauve en 847, n'exigèrent le service que pour une guerre défensive, en cas d'invasion.

A cette époque, il y avait donc une division générale des pro-

[1] L'abbé Dubos, *Dissert. prélim.*, liv. VI, ch. XIII; Boulainvilliers, *Dissertation sur la Noblesse de France*, p. 58 et suivantes.

[2] M. Guizot, *Essais sur l'Histoire de France*, p. 140 et suiv.

priétés en deux espèces : les biens libres ou alleux, et les bénéfices. Les formules de Marculfe, du septième siècle, se rapportent à cette division des terres en propriétés et bénéfices, *aut super proprietate, aut super fisco*. Jérôme Bignon explique ainsi ces paroles de Marculfe : « Par ces expressions sont marquées deux « espèces de biens et la grande division des choses qui était « reçue dans ce siècle. Tous les biens en effet étaient ou propres « (*propria*), ou fiscaux (*fiscalia*). — Les biens propres ou pro- « priétés se disaient de ceux qui n'étaient soumis à aucun droit, « mais qui au contraire étaient possédés en toute liberté, et se « transmettaient aux héritiers. — Les biens fiscaux ou bénéfices, « se disaient des biens concédés le plus souvent par le roi, et « depuis par d'autres, de manière à ce que leur possession, assu- « jettie à certaines conditions et à certains services, dût finir avec « la vie des possesseurs [1]. »

Au neuvième siècle, vers la fin du règne de Charles le Chauve, il se manifesta une transformation générale dans le caractère des possessions territoriales et bénéficiaires. Des essais infructueux, tentés dans les VIe et VIIe siècles, et dont les traités d'Andelot et de Paris (587-615) ont conservé la trace, avaient été comme les précurseurs de cette révolution [2]. Les détenteurs à titre de bénéfice, qui ne sentaient plus s'appesantir sur eux la main puissante d'un Charlemagne, voulurent hautement conserver les terres à titre

[1] *His verbis duæ notantur bonorum species et maxima rerum divisio quæ eo sæculo recepta erat, quod ex cap.* XXXIII *colligi potest: omnia namque prædia aut propria erant aut fiscalia. Propria seu proprietates dicebantur quæ nullius juri obnoxia erant, sed optimo, maximo jure possidebantur, ideoque ad hæredes transibant; fiscalia vero, beneficia sive fisci vocabantur quæ a rege ut plurimum, posteaque ab aliis ita concedebantur ut certis legibus, servitiisque obnoxia, cum vita accipientium finirentur* (Bignon, sur Marculfe, lib. I, cap. II et cap. XXXIII; Baluz., t. III, p. 875; voir aussi Chantereau-le-Fèvre, liv. III, ch. III, p. 156, et Furgole, du *Franc-Alleu*, t. V, p. 26, édit. in-8°).

[2] Savigny, t. I; M. Guizot, *Essais*, p. 151. — Mon *Hist. du Droit*, t. III, p. 30 et 160.

de propriété, et les transmettre à leurs représentants. Le traité de Kierzy, entre Charles le Chauve et les grands ou pairs du royaume, en 856, annonça leur puissance[1]; vingt ans plus tard le capitulaire porté par Charles le Chauve, en 877, l'année même de sa mort, permit aux délégués du roi, aux ducs et comtes, gouverneurs des provinces, de transmettre leurs charges et bénéfices, à titre de propriétaires, à leur fils ou à un proche parent: *Si filium vel talem propinquum habuerit*[2].

Les bénéfices furent transformés dès lors en fiefs héréditaires, et la pairie, qui était personnelle comme les bénéfices, devint réelle comme les fiefs[3].

La révolution, qui s'était lentement préparée dans les temps précédents, prit ouvertement possession de la société.

D'après le capitulaire de 877, les fils des ducs et comtes succédèrent aux duchés et comtés; les ducs et comtes devinrent propriétaires-seigneurs des villes et des provinces, dont le gouvernement n'avait été confié à leurs pères que pour un temps. — Ceux qui se trouvèrent investis de fonctions moins élevées suivirent l'exemple donné; l'hérédité s'étendit aux châtellenies, aux arrière-fiefs; et le principe héréditaire immobilisa l'usurpation au profit d'un grand nombre de familles.

« Qui t'a fait comte? » disait Hugues-Capet à Aldebert, comte de Périgord. — « Qui t'a fait roi? » répondait Aldebert, voulant avec plus de hardiesse que de justesse, indiquer à leur pouvoir une source commune. Le fondateur de la troisième dynastie, bien qu'il fut élu par l'assemblée des grands et des évêques et qu'il ne

[1] *Offices* de Guyot, t. II, p. 61.

[2] *Capitul.*, Baluz., t. II, p. 264; Furgole, p. 75 (il cite le texte).

[3] Le nom de *Fiefs*, du mot allemand *feh-od*, solde en terre, d'où *feodum*, *feudum* (Thierry), paraît donné pour la première fois aux bénéfices dans une constitution de Charles le Gros, mort en 888; mais Chantereau-le-Fèvre, *Traité de l'Origine des Fiefs*, liv. II, ch. I, p. 182, a prouvé que cette pièce était supposée. On trouve l'expression plusieurs fois employée dans les coutumes de *la Réole* de l'an 977. (Voir mon *Histoire du Droit*, tome IV, p. 409, et tome V, p. 574. On le trouve dans une charte de Robert, de 1008 (Furgole, *Franc-Alleu*, t. V, p. 19).

fut pas un usurpateur [1], confirma toutes les possessions et usurpations féodales. Il fut élu roi parce qu'il possédait le fief le plus étendu; la couronne de France (quoi qu'en ait dit Montesquieu [2]), ne devint pas héréditaire comme un grand fief dans la maison des Capétiens : les rois associèrent longtemps leurs fils, du consentement de leurs fidèles, à l'exercice de leur autorité. L'hérédité de la couronne ne fut bien établie que sous Philippe-Auguste qui, le premier, cessa l'usage de l'association au trône; mais l'hérédité des fiefs, établie en France au neuvième siècle, s'accrut au dixième siècle du droit d'aînesse et de primogéniture. La révolution féodale fut alors accomplie [3].

Dans cette première période de la féodalité apparaissent les fiefs et la classe correspondante des seigneurs et des vassaux; mais il y avait encore dans toutes les provinces du Nord et du Midi des alleux, grands ou médiocres, et une classe correspondante d'hommes libres, les uns puissants, les autres faibles.

IIe *Époque.* — *Féodalité absolue ou militaire.*

Cependant le principe féodal se développait; la force armait les seigneurs les uns contre les autres, et devenait plus oppressive dans la sphère limitée de chacun. Les hommes libres, pour se soustraire aux vexations des seigneurs, offraient leurs alleux ou leurs terres, soit au roi, pour devenir ses vassaux, soit à des seigneurs de leur choix; ils recevaient d'eux ensuite les mêmes biens à titre de *fiefs de reprise*, et par l'inféodation, ils achetaient la protection d'un suzerain. Les alleux disparurent par degrés dans

[1] Voir la démonstration de ce point important dans l'histoire de Richer, manuscrit du dixième siècle publié de nos jours (mon quatrième volume, p. 5 et suiv.).

[2] *Esprit des Lois*, liv. XXXI, ch. XVI. — Réfutation dans mon tome IV, chapitre 1.

[3] Chantereau-le-Fèvre, de l'*Origine des Fiefs*, liv. I, ch. I; liv. II, ch. I; *Histoire générale du Languedoc*, liv. VII, n° 93; Basnage, *Cout. de Norm.*, tit. des Fiefs; Furgole, du *Franc-Alleu*, n° 16; M. Guizot, *Essais*, p. 144.

le vaste sein de la propriété féodale, les hommes libres dans la masse uniforme des vassaux. La règle *nulle terre sans seigneur*, qui fut émise plus tard, exprime le résultat dominant de cette époque féodale[1].

Toutefois une distinction importante, et qui a prolongé ses effets dans les coutumes, doit être faite, dès ce moment, entre les provinces du nord et celles du midi.

Nous avons déjà fait observer que l'invasion n'avait pas été aussi forte dans celles-ci que dans les premières : il n'avait pas été enlevé autant de terres dans le Midi que dans le Nord aux anciens possesseurs; moins de domaines y avaient été incorporés au fisc du roi franc[2]. La propriété avait conservé là, plus qu'ailleurs, le caractère que lui avaient imprimé la société romaine et le droit romain. Or, dans les provinces romaines, il y avait de grands propriétaires; les domaines étaient souvent de vastes territoires, que cultivaient et habitaient des serfs nombreux et des colons. Les évêques méridionaux, dont le pouvoir, dans les temps voisins de l'invasion gothique, avait succédé presque partout au pouvoir municipal, s'étaient trouvés à la tête d'immenses possessions, et en avaient conservé une grande partie, comme domaines de l'Église, après l'invasion des Francs.

Le fisc possédant beaucoup moins de terres dans le Midi que dans le Nord, les chefs des Francs, les rois de la première et de la deuxième race, ne purent pas distribuer autant de bénéfices dans les provinces méridionales que dans les autres. Lorsque l'hérédité s'étendit aux fiefs et arrière-fiefs, les fiefs héréditaires furent néces-

[1] Beaumanoir, ch. XXIV, p. 125 : « *Nus*, selon notre coutume, ne peut « pas tenir *aluex.* » — Dominicy, *Traité de Prærogativa Allodiorum jure*, cap. XIX. — Ordonnance de 1629 (dite *Code Michaut*).

[2] L'*Histoire générale du Languedoc*, liv. VII, n° 95, affirme que toutes les terres étaient encore possédées en Franc-Alleu, en 712. Au livre X, n[os] 121 et 124, on voit que jusqu'à la fin de la deuxième race les terres étaient possédées en pleine propriété, à l'exception de certaines qui avaient été données par les rois à titre de bénéfice.

Voir aussi Furgole, *Traité de Franc-Alleu*, p. 58 et 75, édit. in-8°.

sairement moins nombreux dans ces provinces que dans les autres parties de la France. A l'époque où la propriété féodale prit son caractère dominateur, il y avait donc dans le Midi deux classes de grands propriétaires : les grands propriétaires de fiefs, et les grands propriétaires d'alleux ou terres libres selon le mode antérieur et le droit romain.

De là une première conséquence : les petits propriétaires d'alleux, ayant besoin de la protection d'hommes puissants, dans le Midi comme dans le Nord, se sont mis, corps et biens, dans le système de la hiérarchie féodale; mais cette inféodation, causée par l'intérêt et la faiblesse, n'a pas été une nécessité pour les grands propriétaires d'alleux, qui recevaient même les petits possesseurs sous leur sauve-garde.

De là, une seconde conséquence : la maxime *nulle terre sans seigneur* qui a été appliquée, dans les coutumes du Nord, comme un principe général, n'a pas dû avoir le même empire dans les coutumes du Midi. Une grande distinction a dû s'établir et se perpétuer entre les coutumes qui admettaient la présomption de la liberté des terres et celles qui posaient comme règle leur vassalité : aussi voyons-nous que les coutumes du Midi étaient appelées *allodiales* et celles du nord *non-allodiales*, pour exprimer que dans les unes l'allodialité était le caractère commun de la propriété, et que dans les autres la propriété était toute féodale. Dans les provinces méridionales, la réaction contre le droit romain ne fut donc pas tellement absolue qu'elle établît, quant aux terres, la féodalité universelle : à la maxime du Nord *nulle terre sans seigneur* (qui fut formulée dans des siècles postérieurs), répondait la formule du Midi *nul seigneur sans titre*.

Mais cette différence entre les alleux et les fiefs, qu'il était important de signaler, surtout à l'égard du Midi, se fit à peine sentir dans le nord, l'ouest et le centre de la France, où le principe féodal marchait à la conquête de la société.

Du dixième au douzième siècle, en effet, tout passe sous son empire apparent, tout prend le caractère de fief, le droit de chasse,

le droit de péage, le droit de chercher des abeilles dans les forêts, le droit de faire cuire son pain dans les villes : le droit de garder les bois d'autrui (*forestaria*), tout se donne à titre féodal.

L'Église elle-même est entraînée dans le tourbillon de la force. Pour avoir des défenseurs, elle transporte à titre de fiefs une partie de la dîme que les capitulaires de Charlemagne avaient rendue généralement obligatoire : de là les dîmes inféodées. Les seigneurs les recevaient à charge de service militaire, et les cédaient souvent eux-mêmes à titre d'arrière-fiefs[1]. L'inféodation de la dîme se place du dixième au douzième siècle; elle fut proscrite par le concile de Latran, à la fin du douzième, mais pour l'avenir seulement. Ce concile, de 1179, avait décidé, selon la tradition[2], que les laïques ne pourraient transmettre héréditairement ni vendre à des laïques les dîmes inféodées dont ils seraient détenteurs; mais ce canon n'a jamais été suivi en France. En 1305, Philippe le Bel obtint du pape Clément un bref qui en dispensa, et qui donna faculté aux laïques de retenir et de vendre les dîmes inféodées[3]. — On exigea, dans la suite, que le titre d'inféodation remontât à une époque antérieure au concile de Latran; la possession immémoriale de cent ans (avec ou sans acte de dénombrements et aveux) supposa le titre. Les communautés, les églises, obtinrent successivement l'abandon ou le rachat d'une grande masse de dîmes inféodées. Par son ordonnance de 1269, pour favoriser ce retour, saint Louis l'affranchit des droits applicables à l'acquisition ecclésiastique des autres propriétés féodales; et cepen-

[1] En 1078, un concile tenu à Rome, sous Grégoire VII; en 1139, un concile de Latran; en 1148, un concile de Reims, ont statué que les dîmes inféodées devaient être restituées par les laïques : ils supposent que ces dîmes ont été reçues des rois, des évêques ou de toutes autres personnes, et non usurpées : « *Sive enim ab episcopis, sive a regibus vel quibuslibet personis eas acceperint.* » La restitution n'eut lieu que pour faible part.

[2] Michel Duperrai, *Traité des Dîmes*, t. I, p. 42, atteste qu'il n'a pu trouver ce canon, malgré les recherches les plus attentives.

[3] Chasseneuz, *Cont. de Bourgogne, tit. des Justiciers*. Le ch. XXXIV des libertés de l'église gallicane, de Pithou, met au nombre des priviléges des Français *le droit de retenir dîmes en fief par gens purs laïcs*.

dant, en 1790, le capital de la rente inféodée, possédée par la noblesse, s'élevait encore à *cent millions*[1]. Qu'on juge alors de la masse énorme des dîmes qui furent inféodées du dixième au douzième siecle, et du besoin de protection qu'éprouvaient, à cette époque, les églises et les communautés! La Provence est la seule contrée où l'on cessa de connaître les dîmes inféodées [2].

L'inféodation n'atteignit pas seulement les dîmes; les églises elles-mêmes, avec les peuples qui en dépendaient, furent inféodées, *ecclesiæ et plebes ecclesiæ*[3]. Un abbé de Figeac est cité principalement comme ayant inféodé soixante églises à un homme de guerre du pays de Rhodez[4]. La charte de cette donation est du temps du roi Lothaire, qui mourut à la fin du dixième siècle (986). — Par suite de ces inféodations, il y avait au onzième siècle des églises administrées selon le droit des ecclésiastiques, pour une partie, et pour l'autre, selon le droit des laïques [5].. Un concile de 1131, tenu à Reims, ordonna aux laïques qui détenaient des églises, de les restituer aux évêques [6].

Les églises qui achetaient ainsi des protecteurs, et qui antérieurement avaient été dépouillées de leurs biens sous Charles-Martel et sous Charles le Chauve, s'efforçaient de reconquérir leur richesse territoriale, et de devenir suzeraines plus efficacement que par les concessions ruineuses de leurs dîmes. Alors furent imaginés les fiefs de dévotion : on faisait hommage de son bien au saint et à l'abbé qui représentait le saint. Il y eut aussi des fiefs *de reprise* constitués par les églises ou les évêques. Des pro-

[1] *Histoire parlementaire*, t. V, p. 374. — D'Héricourt, *Hist. ecclésiastique*, ch. des dîmes.

[2] Durand de Maillane (avocat au parlement de Provence), *Dict. de Droit canonique*, V° *Inféodation*.

[3] Concile de 914 ; Duperrai, *Portions congrues*, p. 63.

[4] De Marca, *Histoire du Béarn*, liv. V, ch. III, n° 5.

[5] *Recueil des Conciles*, année 1095 ; observations de M. Marca sur le 7e canon du concile de Clermont ; Duperrai, *Portions congrues*, p. 60 ; Basnage, *des Fiefs*, *tit. des Justices*.

[6] *Recueil des Conciles*, t. X, p. 984. Præcepimus ut laici qui ecclesias tenent episcopis restituant.

priétaires d'alleux, faibles et menacés par les puissants, venaient s'abriter sous la protection et la sauvegarde achetée par l'inféodation de la dîme. Ils conféraient leurs domaines aux églises ou aux monastères pour reprendre immédiatement les mêmes objets à titre de fief. Devenus feudataires de l'église, ils n'avaient qu'elle pour héritière, s'ils décédaient sans postérité masculine.

Les contrats de précaire par lesquels on donnait ses biens en propriété à l'église pour jouir pendant sa vie soit de ces mêmes biens, soit de propriétés plus étendues ou plus productives de revenus, devinrent aussi un usage général. La *precaria* (comme on l'appelait) fut pour l'Église une source de richesse immobilière : en faisant des concessions de jouissance viagères, l'Église recueillait les fonds à titre de propriétaire incommutable, et ce fonds accroissait sans cesse les biens propres qui ne sortaient plus de ses mains[1].

L'établissement du droit de patronage fut encore un usage qui augmentait les possessions ecclésiastiques en incorporant les églises dans le système féodal[2]. Un seigneur fondait une église, ou bien il donnait des terres dépendantes de son fief à une église déjà existante : dans l'un et l'autre cas, il réservait à titre de fief, à sa terre, à son château le droit de patronage sur l'église nouvelle ou l'église préexistante. Ce droit qui donnait celui de présentation ou nomination aux charges de l'église, et qui engendra tous les droits honorifiques des seigneurs, était attaché à la terre seigneuriale et se transmettait avec elle[3].

[1] Frapaolo, *Traité des Bénéfices*, p. 88.— Mon *Hist. du droit*, IV, p. 425.

[2] *Traités du Patronage*, t. I, par D. Simon, au *Traité des Droits honorifiques des Seigneurs*, édition 1714.

[3] Cet usage et ce droit des patrons existaient encore au moment de la révolution de 1789. Dans l'adresse de Mirabeau sur la constitution civile du clergé, on lit : « Une très-grande partie des bénéfices-cures étaient à la « disposition des patrons ou collateurs laïques, et ces laïques en disposaient. « Un non-catholique, un juif, par la simple acquisition de certaines seigneu- « ries, devenaient les arbitres de la destinée de la religion et de l'état « moral d'un grand nombre de paroisses. » (*Histoire parlementaire de la Révolution*, VIII, 377.)

C'est à cette époque aussi que se développa l'usage d'après lequel, dit Beaumanoir, « moult (*multi*), par grande dévotion, se « donnoient aus, lor oir et lor cozes as sains et as saintes, et « paioient ce qu'ils avoient proposé en lor cuers[1]. » Ainsi l'abandon comprenait les choses qui augmentaient la richesse territoriale des églises et les personnes qui ajoutaient à leur puissance réelle par le grand nombre de serfs que créait le sentiment d'une piété aveugle. Beaumanoir l'atteste; et la *Bibliothèque des coutumes* [2] dit aussi : « L'excès de la dévotion fit beaucoup « de serfs; la simplicité des peuples leur faisait croire que c'était « faire un grand sacrifice à Dieu que de se livrer, eux et toute « leur famille, aux églises pour lesquelles ils avaient de la dévo- « tion. »

Les monastères, les églises, eurent des représentants chargés de les défendre spécialement en cas d'attaque, des vidames constitués pour leur garde : mais les seigneurs du Nord souvent se substituaient violemment aux vidames, et s'emparaient de la garde des églises pour les dépouiller. Philippe Ier, mort en 1108, tâcha de leur enlever ce moyen de spoliation.

Les seigneurs, les vassaux, les arrière-vassaux, luttaient les uns contre les autres dans leurs sphères étroites et isolées; et l'inféodation, soit *directe*, soit *par reprise*, était comme une puissance d'attraction qui agissait sans cesse sur la société civile pour en agglomérer les parties, les transformer en masses féodales [3]. Les serfs, qui faisaient tout le bas peuple des villes et des campagnes, portaient, en définitive, le poids des vexations que les suzerains exerçaient sur les vassaux, et ceux-ci sur les

[1] *Coutumes du Beauvoisis*, ch. XLV, p. 254 (édit. Lathaum.); t. II, n° 19, p. 225 (édit. Beugnot) : *eux, leurs enfants et leurs choses*

[2] *Bibliothèque des Coutumes*, p. 15.

[3] Dubreuil, *Antiq. de Paris*, p. 365, parle de la *manumission* des habitants du faubourg Saint-Germain-des-Prés; tous les villages environnant Paris étaient composés de serfs (*Bibl. des Cout.*, p. 19). Voir mon tome VI, p. 346.

arrière-vassaux [1]. Il n'y avait qu'un caractère dominant, la force et l'oppression dans le désordre; il n'y avait qu'un principe social, l'assujettissement de l'homme à la glèbe : la condition humaine était l'accessoire de la terre. Cette assimilation matérielle s'appesantissait de plus en plus sur des êtres déchus de la dignité d'homme et de chrétien. C'est la seconde époque de la féodalité, celle qui porte le caractère de l'absolu.

Elle renferme d'une part trois espèces de propriétés territoriales : les fiefs, les alleux du Midi, les héritages serviles; de l'autre, trois classes correspondantes de personnes, les seigneurs et vassaux, les hommes libres et les serfs.

1° Les seigneurs et vassaux, suzerains et arrière-vassaux, correspondaient aux fiefs *dominants* et aux fiefs *servants.*

2° Les hommes libres et puissants dans le Midi correspondaient aux *alleux* de grande étendue. Le roi, considéré comme propriétaire, était aussi dans cette classe : son domaine était le premier des alleux ; l'alleu était une terre essentiellement noble. Un propriétaire d'alleu, dans son domaine, était roi ; il avait le principal attribut de la suzeraineté, la justice sur les serfs et les colons de ses terres. Il n'avait rien de moins que le seigneur; il avait de plus l'indépendance de toute vassalité : la *souveraineté* et la *propriété* étaient là tout entières attachées l'une à l'autre.

3° Les serfs correspondaient aux *héritages serviles ;* la possession de ces biens était révocable; elle retournait au seigneur si le serf voulait faire un acte de liberté, comme un acte d'aliénation ou un mariage hors du fief (*formariage*). La concession de l'héritage servile était faite quelquefois à une communauté de serfs vivant sous le même toit, *à même chanteau.* Si un seul des *parsonniers* se retirait de la société, l'immeuble retournait

[1] Saint-Julien, dans ses *Mélanges historiques*, p. 688, fait remarquer qu'il se trouve plus de *fiefs* que les propriétaires ont de *pure volonté mis en l'obéissance* des rois, qu'il n'y en a d'établis en leur faveur par inféodation ou concession à la charge de fief (Furgole, p. 96).

au seigneur qui ne donnait définitivement ni à l'individu, ni à la communauté. La propriété servile était une possession précaire.

Tout était renfermé dans cette triple division.

On ne doit pas faire encore une classe à part des propriétés du clergé. Les biens des églises, des monastères, étaient possédés à titre de fief ou d'alleu. La dîme seule avait un caractère ecclésiastique, et même elle fut alors, en partie, inféodée. Il y avait des clercs; mais le clergé, comme ordre dans l'État, comme personne civile et collective, n'existait pas encore : c'est seulement sous Philippe le Bel, lorsque la France passa de la royauté féodale à la monarchie des trois ordres, que les clercs devinrent une vaste corporation, personnifiée politiquement sous le nom de Clergé comme Ordre dans l'État; c'est alors aussi que s'établit largement une classe correspondante de propriétés, les propriétés du clergé, les biens de *mainmorte*. — Saint Louis, le premier, avait établi le droit d'*amortissement*, qui conférait aux églises et aux monastères le droit de conserver les biens qui leur étaient donnés, sans être obligés de s'en dessaisir dans l'année; et sous ses premiers successeurs, les biens prirent le nom de biens de *mainmorte*, parce qu'en vertu de l'amortissement ils ne sortaient plus de la main ecclésiastique.

Nous ne faisons pas non plus une classe à part, à cette époque, des *aubains* ou étrangers, car l'aubain était serf du seigneur sur la terre duquel il s'arrêtait; après l'an et jour il lui appartenait corps et biens. — Il en était de même des bâtards : ils étaient réduits à la condition servile, et le droit de bâtardise appartenait aux seigneurs[1].

Ainsi nous voilà plongés à la plus grande profondeur de l'abîme féodal : trois cercles de choses et de personnes se meuvent et se correspondent dans des ténèbres visibles, comme les cercles de l'Enfer du Dante. Mais là n'est pas la nuit éternelle. — La société civile ne doit pas rester enchaînée au fond de l'abîme.

[1] Boutillier, *Somme*, livre I, ch. CIII; *Offices* de Guyot, t I, page 247.

3ᵉ *Époque. — Décroissance de la féodalité.*

L'absolu de la puissance matérielle est passager sur la terre. — Il vient un moment, obscur dans l'histoire, mais certain et inévitable dans la condition de l'humanité, où l'absolu se manque à lui-même, se relâche, se détend et laisse passage à quelque chose qui lui ressemble, mais qui n'est plus lui : il y a mouvement, modification, progrès. Ainsi, après avoir atteint l'apogée de sa domination, la féodalité est descendue vers une période de décroissance; des parties se sont détachées, des rapports et des différences se sont combinés et développés là où il n'y avait qu'une masse confuse; la condition des hommes et des choses s'est modifiée. — Ce qui fut une époque de décroissance pour la féodalité militaire devint une époque de progrès pour la société civile, et c'est dans la marche de cette période, lente à s'accomplir, que se place et se développe le droit coutumier.

En mettant le christianisme et le droit romain en présence de la féodalité (au livre IIᵉ), nous avons déjà rappelé d'où vint le grand mouvement qui devait entr'ouvrir la féodalité et en faire sortir par degrés les éléments renouvelés de la société civile. C'est le catholicisme qui brisa les premières digues en précipitant l'Occident sur l'Orient, pour la défense de la Croix. La Providence a poussé les nations de l'Europe à des résultats dont elles n'avaient pas la conscience; et dans une seule cause elle a renfermé d'immenses effets, que le temps seul a pu faire reconnaître avec certitude.

Nous allons rechercher ces effets dans l'ordre civil, et classer les institutions coutumières selon leur objet et leurs rapports.

§ 2. — ESPRIT DES COUTUMES ET DÉVELOPPEMENT DU DROIT COUTUMIER[1].

Ire CLASSIFICATION.

INSTITUTIONS COUTUMIÈRES DANS LEUR RAPPORT AVEC LES DIFFÉRENTES CLASSES DES PERSONNES ET DES PROPRIÉTÉS.
CORRESPONDANCE DANS LA CONDITION DES PERSONNES ET DES PROPRIÉTÉS SOUS LE RÉGIME FÉODAL.

N° Ier. — Affranchissement des serfs, bail à cens, censives, censitaires, ensaisinement, droit de rachat, lods et ventes.

Au plus haut degré de la domination féodale, les propriétaires féodaux sans distinction de leurs titres particuliers avaient seuls, à l'extérieur, le pouvoir de modifier l'état des choses. Seuls ils étaient maîtres et puissants dans leurs domaines : c'est d'eux par conséquent que devait émaner, sous l'inspiration du catholicisme, la première modification, principe de toutes les autres.

Le caractère de cette modification est essentiel à déterminer, car il indique la nature d'un mouvement qui commence, et qui fera son cours dans la société.

Sous l'empire de la féodalité absolue, l'immobilisation était générale : tout était immeuble par nature ou par destination ; l'action attractive de la terre avait enchaîné la société entière à sa condition d'immuabilité; l'homme lui-même avait été partout immobilisé; la force avait universellement fait violence à la nature des choses. Le premier pas hors de l'absolu féodal devait être un mouvement vers la nature méconnue; il fallait rejeter d'abord cette assimilation qui n'était qu'une fiction de la force oppres-

[1] Pour comparer notre droit coutumier avec le droit germanique proprement dit, consulter l'analyse très-étendue, et je puis dire très-exacte d'après les sources, que j'ai insérée dans mon *Histoire du Droit*, tome III, livre IV, ch. v, p. 131-233.

sive, et qui mettait l'homme attaché à la glèbe au rang des serfs de corps. L'affranchissement des serfs est le premier mouvement fait en dehors de l'immuabilité féodale. Louis le Gros, en 1108, paraît avoir donné l'exemple; il affranchit des serfs dans ses domaines. Les croisades, en emportant rois, barons et peuples vers l'Orient, forcèrent les barons, les évêques, les abbés des monastères, à vendre l'affranchissement aux serfs des villes et des campagnes : les franchises et les chartes des communes, contemporaines des croisades, ne sont d'abord que des chartes d'affranchissement[1].

Voilà donc des hommes libres qui surgissent sur cet immense territoire, partagé par provinces ou grandes possessions entre des barons, des seigneurs ecclésiastiques et laïques, des vassaux, et des propriétaires d'alleux qui ont de plus que les propriétaires de fiefs l'indépendance personnelle. Ces hommes nouveaux, qui sortent pour ainsi dire de la terre, qui secouent avec effort la glèbe qui enchaîne leurs pieds, ne peuvent cependant vivre, dans l'état de la société qui les reçoit que de la culture des champs. S'ils n'appartiennent plus à la terre comme servile accessoire, ils lui appartiennent encore par leurs besoins; ils doivent chercher à posséder personnellement, à posséder pour vivre. Ils ne sont qu'un démembrement de la propriété féodale : s'ils restent sans terres, sans possessions personnelles pour subvenir à leur existence, ils retomberont bientôt sous la loi du servage. Ils cherchent donc nécessairement à entrer dans le système de la propriété comme part-prenants. — Mais autour d'eux rien n'est changé en apparence, eux seuls sont sortis du règne de l'*absolu*, en commençant à redevenir des hommes. La propriété dans laquelle ils veulent prendre place n'est et ne peut être encore que la propriété née du régime féodal.

Elle est tout entière dans les mains de leurs anciens maîtres; ils ne peuvent la tenir que de ces derniers. Ils ont consacré leur

[1] *Esprit des Lois*, liv. XXVIII, ch. XLV.

pécule au rachat de leur liberté; épuisés d'argent, comment payeraient-ils des acquisitions? Ils ne peuvent donc aspirer à autre chose qu'à des concessions de terrain, à charge de fruits ou de redevances; ils sont forcés de subir les conditions *réelles* et *personnelles* que les seigneurs veulent leur imposer. — D'un autre côté, les détenteurs féodaux des grandes possessions territoriales, en diminuant le nombre de leurs serfs par les affranchissements, ont diminué la puissance de leurs moyens de culture. Dans leurs vastes domaines s'étendent des terres oisives, des bois, des chaumes, des landes, des marais, des terrains d'alluvion fluviale, qui n'attendent que la main de l'homme pour être défrichés et fertilisés : ils ont donc intérêt aussi à faire à leurs anciens serfs des concessions de terre à charge de fruits ou de redevances annuelles.

Entre ces nouveaux contractants, la convention ne peut avoir de véritable existence que par la mise en possession, la *tradition réelle* de l'objet concédé; car, si une simple promesse, émanée du seigneur, n'avait pas été accomplie, comment l'homme faible, à peine échappé du servage, aurait-il pu contraindre à son accomplissement? Le contrat, par la nature des choses, était donc un contrat *réel*, parfait par la seule tradition; il fallait que le concessionnaire fût saisi, *ensaisiné* de l'objet; qu'il en eût la *saisine* de fait et de droit, pour qu'il fût réellement propriétaire[1].

Les concessions étaient faites à d'anciens serfs pris individuellement ou réunis en villages, en communautés d'habitants : mais, seigneurs féodaux de ces terres, les maîtres ne les concèdent qu'en cette qualité; ils laissent à la terre qu'ils détachent de leurs domaines, l'empreinte de sa dépendance primitive. Ils re-

[1] Plus tard, quand la justice put avoir quelque force, le vendeur qui retenait l'immeuble vendu restait propriétaire, mais l'acquéreur pouvait obtenir la saisine du juge. « Celui qui vend sa tenure, mais en retient en« core la saisine par devers lui, ne n'en fait vest à l'acheteur, sachez qu'il « est encore sires de la chose ; mais toutefois il peut être contraint à faire « le werp (vest) et adhéritement (ensaisinement) de la chose. » *Somme rurale*, liv. I, ch. LXVII, p. 397.

tiennent des droits de *corvée*, attachés d'abord au servage, et ils stipulent un droit nouveau qui représente tout à la fois une partie des revenus possibles du terrain concédé, et l'autorité seigneuriale de l'ancien propriétaire. — Ce droit est ce qu'on appelle le *cens*, droit réel auquel on ne pourra se soustraire qu'en abandonnant l'immeuble; la concession est ce qu'on appelle le *bail à cens* : les terres concédées sont les *censives*.

Les censives restent dans la mouvance seigneuriale; elles ne regardent directement que la personne du concessionnaire; elles ne peuvent changer de main que par l'autorité du seigneur. Aussi, le nouveau propriétaire venant à décéder, l'objet est censé retourner au seigneur : celui-ci a repris la *saisine de droit;* il faut que l'héritier, le représentant du censitaire en ligne directe, plus tard en ligne collatérale seulement, rachète le droit de conserver l'héritage, unisse la saisine de droit à la saisine de fait; c'est ce qu'il obtiendra en payant le *droit de rachat*. — Et si le censitaire ou ses représentants veulent céder à une autre personne la terre donnée à bail à cens, ils doivent avoir l'approbation du seigneur; le vendeur payera pour vendre, l'acheteur pour acquérir, ce sera le droit de *lods et vente*[1] que dans la suite l'acquéreur seul a été chargé de payer.

Le censitaire primitif, prenant possession réelle de la terre concédée, a la *vraie-saisine;* l'acquéreur qui le remplace doit avoir aussi la saisine de droit et de fait; il a l'une et l'autre par l'acquittement du droit seigneurial, et par la tradition réelle de l'objet vendu; l'ensaisinement est la condition essentielle de la transmission, qui ne se peut opérer par la seule volonté ni au degré primitif, ni aux degrés subséquents.

Ainsi, dans ce premier mouvement d'émancipation des hommes et des choses, les censitaires et tenanciers remplaceront les serfs et mainmortables; les censives remplaceront l'héritage servile ou mortaillable, et le rapport entre l'homme et la terre, loi sociale, loi constante, suivra fidèlement la transformation.

[1] Lods, de *Laudare*, approuver.

N° II. — Roturiers, vilains, biens roturiers.

Ces censitaires, ces tenanciers qui furent des serfs, vont *rompre* la terre qui leur est cédée; ils deviendront les roturiers (*ruptuarii*). — Ils vont multiplier les villages pour leur habitation; ils deviendront les *vilains* (de *villa*, maison des champs). Ils vivront selon les anciennes coutumes de la terre habitée par eux, ils payeront des redevances appelées aussi *coutumes*, et ils deviendront les *coutumiers*, dénomination qui leur est donnée par les Établissements de saint Louis et un grand nombre de documents du moyen âge. Les roturiers, les vilains, les coutumiers, transformation des serfs, conservent l'empreinte originelle : ils sont de *basse et vile condition*, et la terre qui leur est concédée, à titre de bail à cens, la censive, est aussi de *basse et vile condition*. Ces terres sont, comme leurs personnes, des terres de roture, et le tènement ou bail à cens est un contrat roturier par rapport au tenancier : l'héritage passant de main en main y passera avec l'indélébile caractère de la roture; le noble qui viendrait à le posséder serait roturier par rapport à lui. Sous saint Louis encore, les *gentilshommes couchant et levant sur héritages en roture étaient comme vilains*.

La terre fait tellement la loi à l'homme, qu'elle divise l'état indivisible des personnes; l'héritage roturier détermine à l'âge de quatorze ans la majorité de son détenteur; le fief la fixe à vingt ans, et la même personne aura deux majorités selon la qualité de l'héritage possédé.

La terre roturière détermine aussi, dans la succession du tenancier, des conditions de partage qui seraient différentes pour la distribution des parts dans l'héritage tenu à titre de fief; et lorsque, plus tard, les rois lèveront des tributs sur les terres de leurs sujets, les terres roturières seront seules sujettes à la *taille*. Voilà donc tout un ordre de propriété qui part de la concession première faite aux serfs affranchis, soit à la charge d'un cens,

soit à la charge d'une portion de fruits, comme dans le champart[1] : cet ordre de propriété a son caractère fondamental de biens roturiers; il a ses droits réels, ses conditions de transmission, sa prédominance de la *réalité* sur la *personnalité*, empreinte primitive de la loi féodale; il a aussi son droit propre pour les partages de succession entre les enfants, ordinairement l'égalité[2].

N° III. — Communaux, droits d'usage et de pacage dans les bois, les prés, les marais.

Nous avons dit que les concessions furent faites non-seulement à des serfs affranchis, pris individuellement, mais aussi à d'anciens serfs réunis en villages, en communautés d'habitants.

Les concessions eurent différents objets : tantôt elles furent relatives à *des droits d'usage* seulement, que plusieurs individus ou les habitants d'un village, d'une paroisse, exerçaient dans les bois, les prairies, les marais; tantôt elles comprirent des terrains dont la propriété indivise était abandonnée ou à plusieurs concessionnaires, pris individuellement, ou à une communauté d'habitants, prise à titre universel. — Quand la concession était faite à plusieurs, à titre singulier quoique indivis, le droit était individuel et transmissible héréditairement ou par convention. Quand la concession se faisait à un village, à une paroisse, la paroisse, la communauté d'habitants, était usagère ou propriétaire; en ce cas, le droit appartenait à l'*universalité*, à la personne morale, et nul ne pouvait le transmettre à titre singulier : la com-

[1] *Campi pars, fructus partis campi.*

[2] Il y a des exceptions, surtout dans les coutumes des Pyrénées et de quelques contrées de la basse Bretagne, où chez les paysans le fils aîné, même la fille aînée (chez les Basques et dans l'Andorre), le plus jeune ou *juveigneur* dans le comté de Rohan, avait tous les immeubles ou la maison paternelle. (Voir mon tome V sur les coutumes de la région pyrénéenne.)

munauté elle-même, soit usagère, soit propriétaire, ne pouvait valablement aliéner[1].

Ces diverses concessions étaient ordinairement faites dans l'intérêt des seigneurs et de leurs fiefs, plus encore que dans l'intérêt des tenanciers : c'était pour fixer dans leurs domaines des habitants plus nombreux, pour leur donner les moyens d'y construire des habitations ou de les réparer, de féconder les terres dépendantes du fief, d'y élever des bestiaux, que les seigneurs créaient ainsi ou des droits d'usage ou des communaux. — Les concessions étaient faites à raison de l'habitation des tenanciers sur les lieux, et en vue des terres qui relevaient du seigneur : celui-ci devait désirer l'augmentation de valeur des héritages de sa mouvance. Les droits de rachat, les lods et ventes, croissaient avec cette valeur et devenaient pour lui des sources de plus grands profits. Aussi, dans l'esprit général des concessions de cette nature, les droits d'usage ou de communalité étaient-ils subordonnés toujours à cette condition : l'habitation de la personne dans les limites de la seigneurie; la possession d'un héritage mouvant du seigneur. Le droit de la personne était lié, dans son existence, à la situation, et, dans son exercice, à l'étendue de la terre.

La jouissance des tenanciers indivis, ou des membres de la communauté, était proportionnelle à l'étendue des héritages que chacun possédait dans le fief ou dans la paroisse : c'était le mode de jouissance appelé *pro modo jugerum*. Selon cette règle, tout usager et *communiste* ne pouvait mettre de bétail dans les communaux qu'en raison de la qualité et de la quantité de ses héritages situés dans les limites déterminées. Si le titre de concession ne fixait pas la mesure, elle était fixée soit par la délibération de la communauté (qui devait être représentée au moins par dix individus), soit par un règlement, *pro modo jugerum*, entre les *communistes*, usagers ou propriétaires à titre singulier. La base du droit ou de la jouissance était toujours réelle, quel que fût le

[1] Lalaure, *des Servitudes réelles*, liv. I, ch. v.

genre de produit et d'avantage que rapportât l'usage ou le terrain concédé, *sic fit ut debeantur rei a re*[1] : là se retrouvait tout entière la réalité des lois féodales[2].

N° IV. — Division des fiefs, arrière-fiefs, biens nobles, droits de relief et de quint.

La propriété des fiefs, qui avait été l'ordre de propriété immuable et dominant au sein de la féodalité absolue, reçut le contre-coup de l'impulsion catholique. Le mouvement étant imprimé à la société par les croisades et par l'émancipation des communes, les concessions à titre de fief et les subdivisions à titre d'arrière-fief se multiplièrent. Quand naissait la classe des censives et des censitaires ou roturiers, la division des fiefs et la multiplicité des concessions féodales donnaient naissance à une classe parallèle de biens et de personnes. La charge originaire sous laquelle était faite la concession des fiefs et arrière-fiefs était celle du service militaire : or le service des armes était réputé noble par lui-même; la concession à ce titre était donc une concession à titre noble, et la terre ainsi concédée était noble par son origine. Dans des temps plus près de nous, le service militaire fut remplacé par l'hommage civil et par la redevance féodale; mais le caractère de noblesse resta. — Pour donner à titre de fief, il n'était pas nécessaire de relever déjà soi-même d'un seigneur suzerain; le roi, en donnant un fief de son domaine, donnait à titre noble, non parce qu'il était roi, mais parce qu'il donnait à titre de fief. Son domaine était un alleu par excellence; et jusqu'à la

[1] Guy Coquille, *Quest.* 303, t. II, p. 326. — J'ai vu beaucoup de titres semblables.

[2] Loyseau, *Seigneuries*, ch. XII, n° 119; Lalande, *Cout. d'Orléans*, art. 149; Basnage, *Cout. de Normandie*, art. 82, t. I, p. 127; Houard, *Dictionnaire du Droit normand*, v° *Commune;* Freminville, *Pratique des terriers*, t. II, p. 415; Dunod, *Prescription*, partie II, ch. VIII, p. 184; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, ch. LXII, n° 29, t. II, p. 704; Nouveau Dénisard, v° *Commune;* Merlin, v° *Marais*, § 5; v° *Usage*, section 2, § 5 et art. 17 addit.

fin du seizième siècle l'alleu fut réputé essentiellement noble : ce ne fut qu'après la réformation de la coutume de Paris (1580) que l'on reconnut des alleux roturiers[1]. Tout propriétaire d'alleu qui donnait à titre de fief une portion de sa terre se créait ainsi des vassaux qui tenaient de lui un noble héritage, et, dans les premiers temps, la concession devait être faite à des nobles, seuls capables alors de posséder des fiefs, d'où les mots *honor* et *honorati* appliqués primitivement aux fiefs et à leurs possesseurs[2]. Plus tard les roturiers furent admis à posséder des biens nobles et furent anoblis par la terre elle-même.

Le caractère de noblesse une fois attaché à la terre concédée lui était inhérent : il faisait sa nature distinctive, et la loi essentiellement féodale, l'action de la terre sur l'homme, exerçait son empire.

Le fief affranchissait le serf auquel il était conféré ; il anoblissait les enfants de l'acquéreur : les champs, pour attribuer la noblesse, valaient mieux que les villes; « *plus illis rura et nemus* « *valent ad consequendam nobilitatem quam urbes*[3]. » — Depuis saint Louis, tout seigneur anoblissait celui auquel il concédait un fief. — L'anoblissement par lettres ne commença que sous Philippe de Valois, en 1350. — Sous Charles VI, le *Grand Coutumier* établissait la règle « qu'au roi seul et pour le tout ap-« partient faire et donner nobilitations[4]. » Boutillier disait : « Nul ne se peut anoblir sans l'autorité du roi en son royaume[5]. » Mais la force du principe féodal triompha longtemps encore; et Dumoulin, au seizième siècle, enseignait que le fief proprement

[1] Pisardus, *sur Guy-Pape*, *Quest.* 112, définit l'alleu : un héritage *noble* sous la protection du roi; il rapporte à ce sujet un arrêt du 5 mars 1370 ; voir encore Bacquet, *Francs-Fiefs*, ch. VI, n° 10; Chautereau-le-Fèvre, liv. I, ch. VII; Furgole, du *Franc-Alleu*, p. 26, 53 du t. V, édition in-8°.— Voir mon tome VI de l'*Histoire du Droit*, p. 346.

[2] Hervé, *Théorie féodale*, t. I. — Brodeau, *Cout. de Paris*, I, p. 24.

[3] Poggius, *de Nobilitate*.

[4] Liv. I, ch. VIII, *Grand Coutumier*.

[5] Liv. II, tit. I, *Somme rurale*.

dit, ayant territoire et juridiction, anoblissait le possesseur[1].

L'héritage noble imposait sa loi réelle pour la majorité, le droit d'aînesse, les partages de succession, la capacité de juger. La loi réelle n'était même pas modifiée par le sexe du possesseur; la femme qui possédait l'héritage était juge par le droit de la terre. On en trouve un exemple remarquable dans une lettre du roi Louis VII, de l'année 1134, par laquelle il autorise Ermengarde, qui avait succédé au vicomte de Narbonne, à juger entre ses hommes, à l'exemple de ce qui se passait dans son royaume: *volumus ut regni nostri usum teneas*[2].

Jusqu'au treizième siècle, chaque vassal pouvait démembrer son fief et se faire seigneur par rapport à son tenancier. Depuis 1210 (sous Philippe Auguste), la partie démembrée relevait du seigneur originaire. La moindre diminution du fief, sans le consentement du suzerain, emportait sa perte totale. Les seigneurs féodaux atténuaient, par ce moyen, les effets de la division et subdivision des fiefs, qui en peu de temps avaient ébranlé leur puissance. De là naquit une conséquence, digne de la féodalité absolue: c'est qu'on ne pouvait affranchir les serfs dépendants d'un fief sans la permission des divers seigneurs suzerains[3]. Le serf était alors forcé de payer le droit d'affranchissement à tous les degrés de la suzeraineté, jusqu'au roi, *souverain fieffeux*[4]. La royauté s'élevant de plus en plus comme pouvoir central, au préjudice des seigneurs, la maxime s'établit que le roi seul pouvait diminuer et abréger le fief; et, pour l'acquittement du droit d'être

[1] *Feudum autem proprie et in se nobile ut castellania, vel aliud simile, habens certum territorium cum jurisdictione et mero imperio in eo et in subditos ibi commorantes, nobilitat possessorem.... etiam novum possessorem, puta alias ignobilem....* Consuetud. Paris., § 9, glos. 3.

[2] Recueil de Duchesne, tome IV, Ep. 470, p. 732. V. Hévin sur Frain, I, p. 374, et tome II, add. p. 78.

[3] Beaumanoir, ch. XLV, p. 253.

[4] Dénomination à lui donnée dans les siècles féodaux, et qui se retrouve dans la coutume de Meaux, art. 58.

libre, le serf franchissait tous les degrés intermédiaires entre son seigneur immédiat et le roi. Mais, si le seigneur ne faisait pas payer le droit entre les mains du roi, l'affranchissement était nul, et le roi pouvait attacher le serf à la glèbe de ses domaines. Le quinzième siècle en a fourni des exemples; une ordonnance de Charles VII et la coutume de Meaux prononcent cette espèce de confiscation de la personne affranchie[1].

En cas de félonie du vassal, le fief retournait au seigneur; il y avait *commise* : la saisie féodale était le moyen employé pour effectuer le retour, et les droits des tiers étaient effacés.

A la nature de la concession à titre de fief se rattachait tout un ordre de droits réels.

Par une idée conforme aux principes des bénéfices, qui avaient disparu cependant dans le système féodal, le fief, quoique héréditaire, était encore fictivement réputé à vie. Toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur : les héritiers avaient besoin de l'investiture féodale; ils ne prenaient les biens qu'en rendant foi et hommage. — A chaque mutation aussi il fallait que l'investiture eût lieu : le vendeur était censé se dévêtir entre les mains du seigneur qui vêtissait l'acquéreur; c'était ce qu'on appelait le *vest* et le *devest*, termes qui, de la pratique rigoureuse du onzième siècle, ont passé dans le style des anciens contrats de vente. — L'investiture féodale étant nécessaire en cas de succession ou d'aliénation, l'héritier achetait du seigneur le droit de succéder aux fiefs en payant le droit de *relief;* la faculté de vendre et d'acheter s'obtenait par le payement du droit de *quint*. Le relief et le quint étaient pour le bien noble ce que le rachat et les lods et ventes étaient pour les biens roturiers.

[1] *Cout. de Meaux*, art. 58 : « Si aucun seigneur a homme ou femme de « servile condition et les main-met, par ladite coutume ils sont acquis au « roi, parce que le roi est souverain lieffeux, et à son préjudice ne peut « être fief affaibli. » — On appelait cela *abréger le fief*.

N° V. — Tradition réelle, ensaisinement, investiture, saisine.

Dans le système féodal, la terre était la base des principaux droits, et c'était la possession, la tradition réelle qui seule pouvait faire participer à leur exercice. L'ensaisinement pour les censives et les alleux, l'investiture pour les fiefs, étaient les formes particulières de cette tradition : elles produisaient la saisine de fait et de droit; et l'on connaissait la saisine en censive, la saisine allodiale, la saisine en fief.

La possession réelle par elle-même était si puissante, que, lorsqu'elle avait continué pendant l'an et jour, et que l'immeuble avait été possédé « à la veue et la seue de celui qui demander « puet et ne veant demander, et se test[1], » il y avait là *vraie saisine*. Cette saisine de fait venant se joindre, pendant l'an et jour, à celle que l'ensaisinement avait conférée à l'acquéreur, celui-ci était propriétaire absolu; et le vendeur ne pouvait même plus, après ce délai, réclamer le prix de la vente[2]. De même, après la possession annale, un partage entre cohéritiers était inattaquable[3]. Si la saisine d'un immeuble avait été réclamée en justice et accordée par jugement à l'une des parties, l'autre partie, n'assignant pas sur la question de propriété dans l'an et jour, perdait tout droit à la chose[4] : la perte était irrévocable.

Entre la saisine et la possession il y avait cette différence, que la vraie saisine comprenait la possession; mais la possession n'emportait pas toujours la saisine; par exemple, lorsque, non précédée d'investiture ou d'ensaisinement, elle n'était pas annale.

[1] *Livre de Justice et de Plet*, manuscrit de la Bibliothèque royale, cité dans la *Revue de législation*, t. II, p. 368, par le savant auteur d'une *Étude historique sur la saisine* (M. Klimrath), et depuis édité dans le recueil des Documents (M. Rapetti, 1840).

[2] Beaumanoir, ch. VIII.

[3] *Id.*, *ibid.*

[4] Beaumanoir, ch. XXX; J. Desmares, *Décision*, 413; *Grand Coutumier*, v. 2, ch. XXII.

« Et emporte cette saisine grand effet, dit le *Coutumier* de « Charles VI[1]; car, si je m'allègue saisi par an et jour, si mon « adversaire n'allègue saisine contraire, l'on présumera pour « moi et non pour lui, tellement que, pendant le plaid, la chose « ne sera point mise en la main du roi, mais demeurera à mon « profit. »

La saisine et la dessaisine occupaient une grande place dans l'ancien droit coutumier[2]; elles furent souvent confondues, depuis la renaissance du droit romain, avec les actions possessoires. On les trouve mentionnées dans nos monuments de basse latinité et de vieille législation. Une ordonnance de 1247, cherchant à en régler les effets, disait : *Querelæ de novis dessaisinis..... si sit nova dessaisina.... faciat ressaisiri locum*[3].

Une autre ordonnance (de Philippe de Valois, septembre 1357) mettait sur la même ligne la possession et la saisine.... *Aliquem conquerentem se turbatum in* sua possessione vel saisina *de re aliqua*[4]....

En s'éloignant des temps féodaux, la saisine s'est de plus en plus rapprochée de l'idée de possession; il n'est resté de la notion de saisine que la saisine de droit, attachée à la qualité d'héritier et au titre d'exécuteur testamentaire. Mais la nécessité de la tradition réelle des biens roturiers, des alleux, des héritages nobles, qui s'accomplissait, dans le principe, par les formes d'ensaisinement et d'investiture, s'est toujours maintenue dans le droit coutumier comme un point fondamental, même après l'abandon des formes surannées de la saisine[5]. Cette nécessité fut le

[1] *Grand Coutumier*, liv. II, ch. XXI.

[2] *Établissements de saint Louis*, liv. I, ch. CLIV, et de Laurière, note *g*.

[3] Choppin, *Cout. de Paris*, *Complainte Possess.*, t. III, p. 322.

[4] Choppin, *Cout. de Paris*, *Complainte Possess.*, t. III, p. 322.

[5] « Ce n'est que par la tradition du fonds, faite par le propriétaire, que le fief et les obligations, qui en sont une suite, peuvent être établis; s'il n'y a point de tradition de fonds, les droits féodaux ou seigneuriaux ne sont point dus (Furgole, *Franc-Alleu*, ch. XV, p. 116). « L'art. 82 de la coutume de Paris porte : « *Ne prend saisine qui ne veut.* » — Charondas, dans

fondement de la maxime générale, *donner et retenir ne vaut*, d'après laquelle les donations, dans les anciens usages, ne pouvaient s'accomplir que par la tradition réelle[1].

Il y eut, à l'égard des successions légitimes, une grande exception à la nécessité de la tradition. L'adage coutumier, *le mort saisit le vif*, fut une dispense de la saisine de fait et de la possession réelle[2]; mais les droits de rachat payés au seigneur pour les biens roturiers, les droits de relief pour les biens nobles, et plus tard les droits de centième denier payés au roi pour les alleux et autres héritages, étaient le prix de la dispense exceptionnelle et de la saisine de droit dont était investi l'héritier. Ils étaient, en même temps, le témoignage vivant de l'esprit originaire du droit coutumier, qui avait exigé l'investiture, la saisine matérielle, sauf quelquefois pour les enfants, comme l'ancien droit de Rome exigeait l'appréhension de fait, l'*adition* d'hérédité, sauf pour les héritiers siens.

N° VI. — Baux à rente foncière. — Déguerpissement. — Rentes constituées.

A côté des concessions à titre de fief et de cens se placèrent des contrats qui participèrent à leur différente nature, et qui tendirent cependant à mettre moins de dépendance féodale dans le caractère des possesseurs : ce sont les baux à rente foncière. Les

son Commentaire sur la Cout. de Paris (art. 82), rend très-bien compte de l'abandon de l'ancien usage (p. 66). — V. sur la saisine mon tome VI, p. 383.

[1] La tradition feinte fut admise par la suite, comme on le verra au livre des *Ordonnances* — *Ord.* 1731.

[2] « Mort saisit son hoir vif, combien que particulièrement il y ait cou-« tume locale où il faut nécessairement saisine du seigneur. » (Desmares, *Décis.* 234.)

En France, dit de Laurière, nous avons tenu pour principe, suivant les lois romaines, que l'héritier et le défunt ne devaient être regardés que comme une *même personne*, et sur ce fondement nous avons établi que le vivant, c'est-à-dire l'*héritier du sang*, serait saisi (Ord. 1, p. 249).

rentes étaient immobilières et non rachetables[1]; on les regardait comme faisant partie des fonds sur lesquels elles étaient imposées. Le créancier de la rente établie sur un fief rendait foi et hommage pour la rente elle-même; si la rente reposait sur un héritage en roture, le créancier en prenait saisine[2]. L'héritage tenu à cens se confondit par la suite avec l'héritage baillé et pris à rente foncière. Le cens était tout à la fois la représentation et de la seigneurie directe et du revenu annuel de la terre concédée; mais, par succession de temps, il avait perdu toute proportion avec la valeur des produits, et les fonds donnés à cens ont été chargés de rentes foncières, appelées rentes secondes ou augmentation de cens[3].

Ceux qui avaient acquis les rentes seigneuriales et étaient *entrés en foi*, ceux qui avaient acquis les rentes roturières et en avaient *pris saisine*, étaient préférés aux créanciers simplement hypothécaires pour le payement des rentes *inféodées* ou *ensaisinées*, bien que leurs titres d'acquisition de rentes fussent postérieurs aux obligations que présentaient les créanciers.

De même qu'en abandonnant la censive ou le fief, le possesseur pouvait se soustraire à l'obligation du cens ou du service féodal; de même le preneur d'un héritage donné en arrentement pouvait s'affranchir de toute obligation par le *déguerpissement*[4].

Le déguerpissement se faisait en faveur de celui qui avait été seigneur de l'héritage; il n'était pas un simple abandon de possession, un simple délaissement par hypothèque, mais un transport de propriété; et il avait ainsi un caractère particulier dans notre droit coutumier[5].

[1] A moins que le contrat ne portât stipulation expresse pour le rachat. *Cout. de Paris*, art. 120.

[2] De Laurière, *sur Loysel*, liv. I, tit. III, p. 203.

[3] De Laurière, *idem*, liv. I, tit. I, p. 46.

[4] *Guerpir* voulait dire posséder ; *déguerpir*, délaisser la possession. (Loyseau, *Déguerpissement*, liv. I, n° 4.)

[5] Loyseau, liv. I, p. 6 et 7. Bouhier a commis une erreur en citant Loyseau pour établir l'origine romaine du déguerpissement, car Loyseau

Les rentes foncières, qui étaient essentiellement réelles, représentaient complétement l'héritage qui les devait; elles avaient le caractère de propres ou d'acquêts comme l'héritage même, par rapport à celui qui l'avait baillé à titre de rente. Dans les aliénations, elles donnaient ouverture aux droits seigneuriaux et au retrait dont nous parlerons bientôt.

A l'imitation des rentes foncières s'établirent les rentes constituées à prix d'argent, avec hypothèque ou assignat sur immeubles : elles portèrent l'empreinte féodale, en ce sens qu'elles furent généralement immobilisées, et subirent comme les immeubles le caractère de propres ou d'acquêts[1]. Mais elles ne faisaient pas partie du fonds sur lequel elles étaient hypothéquées : à leur égard, il pouvait y avoir lieu à délaissement de l'immeuble par hypothèque, au profit de la masse des créanciers, et non à déguerpissement au profit du seigneur de l'héritage.

N° VII. — Propriétés et gens de mainmorte. — Droits d'indemnité et d'amortissement. — Franche aumône.

Les profits seigneuriaux, dont nous avons déjà parlé, les droits de relief et de quint, de rachat et de lods et ventes qui se payaient à l'occasion des transmissions et mutations des fiefs et des censives, avaient pris naissance dans le onzième siècle. Les seigneurs, épuisés par les croisades, en devinrent de plus en plus avides; ils y trouvèrent une source de revenus propres à réparer leur épuisement. Il leur importait que les propriétés originairement concédées par leurs ancêtres ou par eux-mêmes ne fussent pas frappées d'immobilité, que les transmissions héréditaires et les mutations conventionnelles donnassent la vie aux droits seigneuriaux. Or les églises, les monastères, les communautés, en devenant pro-

dit, n° 9 : « Les Romains n'avaient presque point d'usage du déguerpisse-« ment, tel et ainsi que nous en usons. »

[1] Voir *infra* ce qui est relatif à ce caractère, 2e classification, n° 6.

priétaires, arrêtaient la circulation. Le mouvement de transmission et de mutation était frappé de mort entre leurs mains. Cette mort du fief ou de la censive éveilla le principe de la féodalité, la force; et les seigneurs du douzième siècle contraignirent les églises et les communautés à vendre dans l'*an* et *jour*, avant l'accomplissement de la saisine, la propriété qu'elles avaient acquise; si elles ne se désaisissaient pas dans cet intervalle, elles étaient dépossédées par l'autorité des seigneurs. Au treizième siècle, et sous saint Louis, une modification s'établit. Si les églises ou les monastères avaient, dans l'année, exhibé leurs titres aux seigneurs et continué à jouir, les seigneurs ne pouvaient plus les déposséder; mais ils avaient le droit d'exiger le tiers de la valeur à titre d'indemnité : — d'un autre côté, cette *mortemain*, en éteignant les profits à venir, devenait une diminution du fief; et, comme le roi, grand suzerain, pouvait seul abréger le fief, les corporations ecclésiastiques payaient au roi un droit d'amortissement.

De là naquit la classe nouvelle *des propriétés et des gens de mainmorte*. Cette classe devait naître quand il pouvait y avoir condition corrélative entre les choses et les personnes : or les biens de mainmorte devenaient une classe particulière à l'époque où le clergé devenait un ordre dans l'État, une personne morale; c'est en effet au commencement du quatorzième siècle, en 1302, que le clergé figura pour la première fois comme ordre dans les états généraux, et sous saint Louis il avait déjà figuré dans les états du Languedoc.

La classe des gens de mainmorte ne comprit pas seulement les corporations ecclésiastiques, elle s'étendit aux communautés d'habitants, aux corporations de marchands, aux universités et colléges, aux hôpitaux et fabriques, etc. [1]; leurs propriétés furent aussi des biens de *mainmorte*, sujets au droit d'indemnité en faveur des seigneurs, au droit d'amortissement à l'égard du roi.

[1] De Laurière, *Traité de l'Amortissement ;* Hervé, *Théorie des Matières féodales*, t. I.

Dans les premiers temps, l'amortissement était *réel;* les divers gens de mainmorte qui se succédaient ne le payaient qu'une fois; mais il devint ensuite *personnel*, il était dû par celui qui acquérait; et les communautés avaient pour représentants, à l'égard des seigneurs, un homme à la mort duquel se payaient les droits de rachat et de relief. Cet homme était dit *vivant et mourant*, par opposition aux gens de mainmorte, qui ne mouraient pas.

Si le clergé subissait le droit féodal d'indemnité et d'amortissement, il trouvait une large compensation dans l'usage des concessions d'immeubles à titre de *franche aumône* qui s'établit en faveur des églises et des abbayes. Le fief ainsi donné était libre de tous droits féodaux entre les mains du donataire; mais c'était un privilége attaché seulement à la qualité cléricale du possesseur; et si l'immeuble passait entre les mains de détenteurs laïques, il reprenait aussitôt sa qualité primitive de fief ou de censive : la liberté qui lui avait été concédée n'était qu'une suspension de l'action féodale; mais la féodalité, avec tous ses accessoires, ressaisissait l'immeuble au sortir de la main privilégiée.

N° VIII. — Droits accessoires des fiefs. — Aveux. — Dénombrements.

A la propriété des fiefs se rattachaient tous les droits et priviléges de colombier, de garenne, de pêche, de chasse, démembrement réel des propriétés roturières sur lesquelles ils s'exerçaient, et les droits de corvée réelle et personnelle, rétention faite sur la liberté des propriétés et sur la liberté des personnes au moment de leur émancipation respective.

Les hommages, les aveux, les dénombrements, venaient périodiquement sanctionner la suprématie, d'une part, la sujétion, de l'autre : tous les trente ans, le signe de la puissance féodale était renouvelé sur les choses et sur les personnes.

N° IX. — Alleux.

Les alleux avaient seuls échappé, principalement dans le Midi, à la condition des fiefs et des censives. Nous en avons parlé plus haut avec étendue. L'allodialité était la propriété maintenue dans l'état primitif de franchise, de liberté, de disponibilité absolue[1]. C'était elle qui, au milieu du système féodal, protestait en faveur du droit naturel et du droit romain; mais les alleux cependant étaient entrés sous plusieurs rapports dans le régime de la féodalité. Ainsi les grands propriétaires s'étaient attribué, dans le principe, le droit de guerre, et ils ont toujours conservé le droit de justice; leurs alleux étaient réputés biens nobles : en faisant des concessions, ils les faisaient à titre de fief, de censive, de bail à rente foncière, ne gardant ordinairement l'indépendance que pour eux. S'ils concédaient à l'un de ces titres, ou même à titre d'allodialité, il fallait l'investiture féodale, l'ensaisinement ou la tradition : la tradition réelle était toujours une condition nécessaire de la transmission de propriété.

IIe CLASSIFICATION.

INSTITUTIONS COUTUMIÈRES DANS LEUR RAPPORT AVEC LE POUVOIR SEIGNEURIAL ET AVEC LA CONSTITUTION DE LA FAMILLE FÉODALE. DÉRIVATIONS IMMÉDIATES ET MÉDIATES DE LA FÉODALITÉ.

Le caractère distinctif qui domine la propriété dans le système féodal, c'est que les concessionnaires à titre de fief ou de censive n'ont qu'un droit de propriété limité dans son exercice. Les seigneurs suzerains ne conservent ni ne délèguent la plénitude du droit de propriété. Le pouvoir seigneurial plane sur les terres concédées, avec un signe permanent de souveraineté, et constitue au-dessus de la propriété des fiefs et des censives un *domaine émi-*

[1] Voir le *Traité du Franc-Alleu*, par Caseneuve : Bignon sur Marculfe, liv. I, c. III, n° 12; Canciani, II, p. 186; Brodeau, titre I, des fiefs, p. 23; Cambolas; — Taisand; — la Thaumassière, *Traité du franc-alleu;* — la *Théorie des Matières féodales*, par Hervé, t. VI.

nent. Godefroy disait : Le fief est une espèce de servitude, *feudum est species servitutis*. L'auteur du Grand Coutumier et Boutillier appellent le droit contraire aux lois romaines *droit haineux*, expression énergique pour caractériser des usages établis en haine de la liberté humaine.

La puissance des barons était toute territoriale; les seigneurs, dans leur ensemble, formaient une grande aristocratie foncière. Leur force particulière était dans l'étendue de leurs domaines, dans le nombre, le dévouement de leurs vassaux et l'aptitude que ceux-ci primitivement montraient à porter les armes. Lorsqu'ils se sont vus contraints par les circonstances à faire des concessions de fonds, ils se sont réservé la faculté de les retirer, de les *retraire*, selon l'expression technique. Cette réserve naissait de leur situation sociale. En aliénant une partie de leurs vastes possessions, ils aliénaient une partie de leur puissance. Ils ont donc dû naturellement conserver le désir et l'arrière-pensée de ressaisir les domaines sortis de leurs mains, de rappeler tous les éléments de leur puissance à leur source, c'est-à-dire à eux-mêmes ou à leurs représentants héréditaires.

Là se trouve la double origine d'un grand nombre d'institutions qui accompagnent la féodalité. La combinaison de ces deux principes, le domaine éminent du seigneur sur les terres concédées et la constitution aristocratique de la famille féodale, donne l'idée mère du *retrait féodal*, du *retrait lignager*, de la nécessité du *consentement seigneurial* à certains mariages, de la *succession contractuelle*, de la *garde noble*, *du droit* d'*aînesse* et de *masculinité*, de la *succession des propres*, etc., etc. Et ainsi à la féodalité ne se rattachaient pas seulement la condition correspondante des hommes et des terres, l'ensemble des droits réels qui s'exerçaient sur les fiefs et les censives d'une manière permanente[1], périodique[2], ou occasionnelle[3], une foule d'autres dispo-

[1] Droits de colombier, de pêche, de chasse, etc.
[2] Aveux et dénombrements.
[3] Rachat, relief, lods et vente, quint, etc.

sitions coutumières s'y rattachaient encore. Nous verrons même plus tard la *communauté conjugale*, la *continuation* de *communauté*, le *douaire*, branches si importantes des coutumes, sortir de la tige féodale ou entées sur elle. Mais dans la présente classification nous embrassons seulement les institutions qui se rapportent soit au pouvoir du seigneur, soit à la constitution de la famille féodale.

N° Ier. — Retrait féodal. — Retrait lignager.

Le retrait féodal et le retrait lignager ont dans leur nature juridique un caractère spécial qui les distingue.

Le premier est tout dans l'intérêt du pouvoir seigneurial proprement dit. Dans les coutumes allodiales du Midi, il a lieu à l'égard des fiefs et des censives. Dans les coutumes du Nord où vit la maxime *nul ne peut tenir alleu*[1], il a lieu sur toute terre sans distinction. Dans les unes et les autres, le seigneur peut exercer son droit de retrait, lorsque le propriétaire a manifesté par un acte de vente sa volonté d'aliéner. Le retrait s'exerce, à la charge du remboursement du prix de vente, sur la totalité ou sur chaque partie du domaine que veut aliéner le possesseur assujetti. — Si le manoir est vendu, le seigneur peut ressaisir toutes les parties du fief[2]; il n'est point arrêté par la barrière des siècles passés. Toutes les possessions particulières, que le temps semblait devoir protéger en faveur des tiers, disparaissent devant l'action du seigneur retrayant.

Le retrait féodal a pris divers noms et s'est présenté sous des formes plus ou moins acerbes. Dans la charte de la Réole, de l'an 977 (art. 3), il est exprimé comme droit de *préférence* pour l'ancien propriétaire; et, dans le ressort du parlement de Bordeaux, il était devenu par la suite tellement absolu, sous le nom

[1] Beaumanoir, ch. XXIV, p. 123; ce qui revient à la maxime attribuée au chancelier Duprat : *nulle terre sans seigneur*.

[2] *Cout. de Paris*, art. 52.

de droit de *prélation*[1], que tout seigneur pouvait même concéder à qui bon lui semblait, au préjudice de l'acquéreur, la propriété de l'objet nouvellement vendu. C'est là l'essence même du droit féodal : ou le seigneur exerce le retrait pour ressaisir et posséder personnellement l'objet qui est censé venir de ses ancêtres; ou il brise le contrat en faveur d'un autre acquéreur qu'il aime mieux avoir dans sa mouvance. Le droit de choisir son vassal le met au-dessus de toute convention : c'est la volonté individuelle qui s'exerce dans tout son absolu; c'est le principe féodal dans toute son âpreté, qui fut ravivé dans l'usage bordelais par la domination anglaise.

Le retrait lignager est dans l'interêt de la famille aristocratique; il s'exerce pour conserver les biens dans la famille du vendeur; les feudistes l'appellent le *jus conservatorium in familia*. Dans les coutumes allodiales du Midi, il n'a lieu que pour les fiefs et les censives; dans les autres coutumes, il a lieu pour tous les *héritages propres* du vendeur; mais il n'existe que dans l'intérêt de la famille. Les parents de la ligne du vendeur, les *lignagers*, peuvent seuls l'exercer, et il ne peut être cédé à des étrangers.

L'aristocratie, en s'éloignant de son point de départ, est plus dans les familles que dans les individus; aussi le retrait lignager, dans les pays de coutume, était devenu préférable au retrait féodal; en cas de concours, dans leur exercice, il avait la priorité. Dans les pays de droit écrit, où l'aristocratie de famille s'était moins développée, à cause de l'influence des lois romaines, et où l'homme avait mieux conservé son individualité, le pouvoir seigneurial avait aussi conservé sa prédominance, et le retrait féodal était préféré au retrait lignager[2].

[1] Salviat, V. *Prélation*. — La charte de la Réole de l'an 977 est citée par de Laurière (*Établ.*, ch. CLVII, n° 6) comme contenant le retrait lignager; c'est une erreur, c'est bien le retrait féodal : « Si quis possessiones quas « tenet *in feudo* de ecclesia vendere voluerit cum assensu prioris faciat, et « *prior* ipse, si voluerit, *emat*. » (Recueil de M. Giraud, II, p. 511.)

[2] V. Statuts de Provence de 1472 : Sans préjudice du droit du « seigneur direct. » (Mourgues, p. 116 et 125.) Henrys, t. IV, p. 310. Érard, Plaidoyers, p. 555. Mon *Histoire du droit*, t. V, p. 162 et suiv.

La force, principe de la féodalité, brisait, dans l'intérêt de l'aristocratie territoriale de la famille, la convention faite entre le vendeur et son acquéreur : tel était, dans les coutumes, le *retrait lignager*. Montesquieu l'a appelé le mystère de la jurisprudence française; et, en effet, la nuit qui se répandait sur la filiation des races, à travers les siècles, chargeait toujours de ses ombres l'arbre généalogique auquel se rattachaient tous les procès en retrait; mais le mystère était dans la pratique et non dans le caractère du retrait lignager. Son origine, toutefois, était bien antérieure à la féodalité : le retrait de famille se retrouve dans les lois de Moïse; et il est mentionné dans le code théodosien pour être aboli.

N° II. — Droit d'opposition au mariage de l'héritière d'un fief.

C'est l'intérêt du seigneur féodal, considéré isolément et abstraction faite de la famille aristocratique, qui lui donnait le droit de s'opposer au mariage de toute fille qui était héritière d'un fief; c'était à lui de choisir un mari, parce que ce mari devait être un vassal; le principe de la vassalité était plus fort que le droit le plus sacré de la nature[1]. Dans plusieurs coutumes le mariage était une mutation de fief qui donnait lieu au rachat, et le mari devait faire hommage du fief de sa femme, quoique celle-ci, avant le mariage, eût fait hommage au suzerain[2].

N° III. — Institutions contractuelles. — Leur origine.

Les nobles seuls, dans l'origine, purent faire par contrat de mariage des dispositions relatives à leurs successions futures[3].

[1] « *Quicumque, sive mater, sive aliquis amicorum habeat custodiam fœminæ quæ sit hæres, debet præstare securitatem domino a quo tenebit in capite, quod maritata non erit nisi de licentia ipsius domini et sine assensu amicorum.* » (*Ord.* 1256, art. 2.)

V. Hévin sur Frain, t. II, p. 532, sur l'assise du comte Geffroy (an 1185), et les lois d'Écosse, *Regiam majestatem*, lib. II, c. XLII, § 1. « Sine domini consensu nulla mulier hæres terræ maritari potest de jure. »

[2] Très-ancienne coutume de Bretagne, art. 232. — *Assises de Jérusalem*, ch. CCXLII. — *Établ. de saint Louis*, I, ch. LXI.

[3] De Laurière, *Institutions contractuelles*, I, p. 28. — *Œuvres de*

Les successions *contractuelles* étaient établies sous les yeux du seigneur dans la vue d'assurer le fief de l'instituant aux héritiers institués (soit le futur, soit les enfants à naître); d'assurer par conséquent le service et la conservation du fief, qui autrement aurait pu, faute d'héritier, retourner au seigneur. L'instituant enchaînait son choix au profit de l'*institué* choisi par lui et par le seigneur immédiat; l'institution était irrévocable. — C'est de là qu'est venu l'usage si commun dans les coutumes des *institutions contractuelles*, qui n'étaient ni donations entre-vifs, ni donations à cause de mort, ni testaments, et qui étaient irrévocables.

Dans les pays coutumiers qui n'admettaient pas d'*héritier testamentaire*, on admettait, par suite de cet usage féodal, l'héritier contractuel. — En pays de droit écrit, au contraire, l'*institution contractuelle* ne valait que comme *donation*, parce que le droit romain ne connaissait pas d'héritier par contrat, et que le droit romain y prévalut sur la tradition féodale [1].

Faute de remonter jusqu'à cette origine de l'institution contractuelle, les jurisconsultes des dix-septième et dix-huitième siècles, en général, ont été dans l'impuissance de donner une explication nette de l'institution; nous allons rapporter à ce sujet un passage précieux de Furgole [2] :

« Plusieurs auteurs ont parlé des institutions contractuelles et
« en ont expliqué les effets, mais je n'en ai lu aucun qui en ait
« expliqué et développé exactement la nature. Les uns les consi-
« dèrent comme des donations entre-vifs et leur attribuent les
« mêmes effets; les autres les regardent comme une donation
« à cause de mort, irrévocable; les autres comme un testament
« aussi irrévocable; les autres en font un contrat mixte qui tient
« de la donation entre-vifs et de la donation à cause de mort;

Scipion Duperier, I, p. 505. — Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXXI, ch. XXXIV. — V. mon *Histoire du Droit*, tome VI, p. 281, sur l'institution contractuelle.

[1] De Laurière, *sur Loysel*, t. I, p. 356.

[2] *Commentaire sur l'Ordonnance des Donations*, art. 13, t. V, p. 100, édit. in-8.

« enfin d'autres en font un genre de disposer particulier, qui fait
« une classe à part et qui a ses règles spéciales. — Après avoir
« examiné avec beaucoup d'attention ce point et tous les auteurs
« qui le traitent, je me suis déterminé à penser que l'institution
« contractuelle ou le pacte de succéder n'est pas une donation
« entre-vifs, parce que la donation ne peut pas faire un héritier;
« elle n'est pas non plus un testament, parce qu'elle est irrévo-
« cable et qu'il est de l'essence du testament d'être révocable
« (l. 4, *Dig. de adim. Leg.*); elle n'est pas une donation à
« cause de mort parce qu'elle (la donation) ne peut pas faire un
« héritier. — C'est une autre espèce de disposition que le droit
« romain avait réprouvée, qui est purement du *Droit français*
« *qui l'a introduite*.... C'est une manière de disposer ou une
« convention que quelques auteurs ont appelée, avec raison *am-*
« *phibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles parti-
« culières, qu'elle ne doit emprunter ni de la donation entre-vifs,
« ni de la donation à cause de mort, ni du testament. Aussi les
« auteurs qui disent que l'institution contractuelle est une dona-
« tion entre-vifs et ceux qui la mettent dans la catégorie de la do-
« nation à cause de mort ne parlent pas exactement et n'en
« connaissent pas bien la nature, comme l'a fort bien remarqué
« M. de Laurière (*des Instit. et Substit. contractuelles*, ch. II,
« n° 21). » — Furgole cite Maynard, Coquille, Lebrun, etc.

Sa conclusion est purement négative : elle tend à dire que l'institution contractuelle est une convention *amphibie*, ce qui n'éclaircit pas beaucoup la question de nature et d'origine.

Montesquieu n'a jeté qu'un coup d'œil sur ce point, mais c'est le regard de l'homme de génie qui comprend et fait comprendre[1]. — « Les contrats de mariage, dit-il, devinrent pour les *nobles*
« une disposition féodale et une disposition civile : dans un acte
« pareil, fait *sous les yeux du seigneur*, on fit des dispositions
« pour la succession future, dans la vue que le fief pût être servi

[1] *Esprit des Lois*, liv. XXXI, ch. XXXIV.

« par les héritiers; aussi les seuls nobles eurent-ils d'abord la « liberté de disposer des successions futures par contrat de ma- « riage, comme l'ont remarqué Boyer et Aufrerius. »

Le président Bouhier[1] et Hervé[2] ont, après Montesquieu, fait la même remarque; et Boyer, auquel ils se réfèrent les uns et les autres, dit : « *Sed Franciscus Tigri tenuit quod ex ista con- « ventione seu contractu et pacto defertur hæreditas, et non « ex ultima voluntate aut testamento : cujus opinio servatur « de consuetudine generali Franciæ* inter nobiles[3]. »—Ailleurs il dit encore : « *Tale pactum de jure communi non valere; ta- « men de consuetudine generali tale pactum* inter nobiles *regni « servari*[4]. » Ainsi il n'est pas douteux que c'est de cette coutume générale entre les nobles, que c'est par conséquent du droit féodal que sont dérivées les institutions contractuelles; et l'irrévocabilité qui les caractérise, quoiqu'elles s'appliquent à des objets futurs, vient de cette transmission anticipée du fief qui se faisait sous les auspices du seigneur : la foi était donnée au futur époux ou à ses enfants, entre les mains du seigneur présent; il y aurait eu félonie à y manquer.

N° IV. — Garde noble, bourgeoise. — Puissance paternelle, mainbournie, vourie, advourie.

L'intérêt du pouvoir seigneurial fit établir la *garde noble :* le seigneur gardait le fief pendant la minorité de son vassal, il s'en appliquait les revenus; il prenait soin de la personne, qu'il dirigeait vers les idées favorables au service féodal[5]. — Par la suite,

[1] *Cout. de Bourgogne, Obs.* I, 433.

[2] *Théorie des matières féodales*, I, 219.

[3] *Bœrii Decisiones*, edit. Lugd. 1558, *Decis.* 155, n° 8, p. 290.

[4] *Decis.* 204, n° 3, p. 386. Boyer était premier président au parlement de Bordeaux.

[5] *Quis putas infantem talem in actibus bellicis, quos facere ratione tenuræ suæ ipse astringitur domino feudi sui, melius instruere poterit aut velit, quam dominus ille, cui ab eo servitium tale debetur!* .. (Fortescue, *de Laudibus Legum Angliæ*, cap. XLIV.)

les seigneurs permirent aux plus proches parents des mineurs de *desservir les fiefs*, et ils choisirent même entre les parents ceux qui étaient les plus propres à s'acquitter de ce devoir[1]. — C'est la double origine des gardes nobles. — Mais la crainte que l'intérêt n'inspirât de funestes idées aux parents fit d'abord distinguer la garde *naturelle* de la *collatérale*. Le père survivant ou la mère avait la garde de la personne du mineur et de ses biens; mais, lorsqu'il n'y avait que des parents collatéraux, on distinguait la garde de la personne et celle des biens, et on les divisait entre les parents paternels et maternels. Les Établissements de saint Louis donnaient le motif de cette distinction : « S'il qui ont le retor de la terre ne doivent pas avoir la garde « des enfants, car souspeçons est que ils ne voulussent plus la « *mort* des enfants que la *vie* pour la terre qui leur escharroit[2]. » Cette disposition des Établissements ne passa point dans les coutumes, hors celles du Maine, de l'Anjou et quelques autres[3]. — Mais la garde bourgeoise y fut reçue à l'imitation de la garde-noble. — En ligne directe elle s'appelait garde, en ligne collatérale *bail*, d'où *baillisterie, baillistre*. Le baillistre faisait les fruits siens. — En ligne directe, les effets de la garde se combinaient avec ceux de la puissance paternelle, appelée aussi mainbournie[4].

Le père et la mère avaient le droit de garde, mais la mère n'avait pas le droit de mainbournie ou puissance, sauf en quelques coutumes[5]; et, l'usufruit des biens des enfants étant attaché à la puissance paternelle, la mère gardienne ne faisait pas les fruits siens; elle était moins favorisée que le baillistre, en collatérale.

C'est par erreur que Loysel avait donné comme une règle qu'en pays de coutume « droit de puissance paternelle n'avait

[1] De Laurière sur Loysel, I, tit. iv, règle i, p. 220.

[2] *Etabliss.*, livre Ier, ch. cxv.

[3] Les lois anglaises avaient une disposition pareille. (Fortescüe et de Laurière, I-IV-I, p. 221.)

[4] De *mund*, *mundherr*, tuteur, défenseur; *mund* en saxon signifie aussi paix, protection, sécurité, etc. C'est un mot qui a beaucoup de dérivés. (Voir *Gloss. germ. Wacteri*, p. 1099 et suiv.)

[5] *Cout. de Châlons*, art. 2 ; de Vitry, 70.

lieu. » — Elle avait lieu généralement, mais elle n'avait pas conservé, vers le quatorzième siècle, après le mouvement imprimé aux idées chrétiennes par les croisades, le caractère absolu qui des traditions gauloises et des lois romaines avait passé dans les mœurs. Sous les capitulaires, les pères pouvaient vendre leurs enfants[1]. — Beaumanoir dépose du même usage[2]. Bouhier rapporte un usage, fréquent dans le treizième siècle, d'après lequel les pères étaient autorisés à consacrer leurs enfants, dès le ventre de leur mère, à la profession ecclésiastique ou monastique[3]. — Le Grand Coutumier dit : « Un laiz ou don qui est fait « à mon enfant étant en ma puissance vient à mon profit. » Il atteste, ainsi que Boutillier, que « la puissance paternelle avait « lieu généralement dans le royaume[4]. » Les sentences du *Parloir aux bourgeois*, recueil publié de nos jours qui s'étend de l'année 1268 à l'année 1325, rendent témoignage du même droit à Paris[5]. Il n'est donc pas douteux que la puissance paternelle ne subsistât, dans les premiers siècles de la féodalité, sur la personne, et, dans les derniers, sur les biens des enfants. — Jean Faber même nous apprend que, par la coutume de France au quatorzième siècle, l'épouse passait sous la puissance du mari, sans cesser cependant d'être encore soumise à la puissance du père : « *De consuetudine regni Franciæ transit in potestatem viri, nec tamen eam eximit consuetudo a potestate patris*[6]. » — Le christianisme modifia par son influence les rapports entre le père et les enfants; Accurse, vers le treizième siècle, atteste déjà que les rigueurs s'effaçaient[7]. La puissance parternelle devint

[1] *Capitul.*, lib. VI, cap. IV. — *Capit. Caroli Calvi*, tit. XXVI, art. 34. Le droit romain du bas empire avait toléré, à raison de la dureté des temps, le droit de vendre les enfants nouveau-nés.

[2] Beaumanoir, ch. XLV, p. 254.

[3] Bouhier, *Observ.* I, 370, 372 et 483.

[4] *Grand Cout.*, liv. II, ch. XL, p. 263 ; *Somme rurale*, p. 442.

[5] Voir, sur ce curieux *Recueil du Parloir aux Bourgeois*, mon tome VI, p. 315, 318 et suiv.

[6] J. Faber, *Institut.*, *de S. N. C. Tertulliano*, n° 2.

[7] Accurs., *Instit.*. tit. *de Patria potest.*

progressivement un pouvoir de protection, ce qu'exprimèrent spécialement les mots de *mainbournie*, *vourie*, *advourie*, dont les coutumes se servaient pour caractériser l'autorité du père et de la mère[1]. Ce pouvoir, comme nous le verrons au livre des Ordonnances, reprit une nouvelle énergie lorsque la royauté tendit à la monarchie absolue.

N° V. — Droit d'aînesse. — Droit de masculinité. — Renonciation des filles par contrat de mariage.

Le droit d'aînesse a été l'une des dispositions les plus générales du droit coutumier; il s'est étendu et ramifié sous le nom de préciput des nobles. Bien qu'étranger aux mœurs germaniques, il est devenu la base de la féodalité. Il fallait que le fief, pour la garantie des services dus au suzerain, fût possédé par une personne puissante et capable de porter les armes. Le droit d'aînesse assurait la suprématie de l'aîné dans la famille, et sa puissance territoriale pour le service du fief. — Un apanage était accordé aux cadets, mais ils en faisaient hommage à l'aîné; ils eurent cependant la liberté de porter leur hommage au seigneur dont relevait leur frère aîné; car le vieil instinct de l'homme se révoltait quelquefois contre ce despotisme qui déchirait tous les liens de la nature et du cœur. La raison de la loi féodale, dit Montesquieu, força celle de la loi politique et civile[2]. Quand Montesquieu emploie ici le terme de *raison*, ce n'est pas pour déguiser le caractère de la loi féodale; la raison de la loi féodale, pour lui, c'est sa nature; et ce principe qui fait violence au droit naturel, quel est-il, sinon la force?

Le droit de masculinité fondé sur la prééminence du sexe dont la force est l'attribut, était antérieur dans les usages des Francs

[1] *Advourie*, d'*advocatio*, mot de basse latinité qui signifie *protection*, défense; cette idée fit étendre à l'autorité de la mère le nom de *mainbournie*, mais sans qu'elle eût cependant le droit d'usufruit qui tenait à la puissance paternelle.

[2] *Esprit des Lois*, liv. XVI, ch. XXXIII.

au droit d'aînesse; il se trouvait consacré dans la loi salique par l'exclusion des femmes de la terre paternelle[1] : mais dans les coutumes féodales il s'est développé en matière de succession comme un droit de préférence pour les mâles, au même degré, non d'exclusion contre les filles en faveur du degré subséquent, et comme une sorte de corollaire du droit d'aînesse. Les coutumes avaient admis, en faveur de ce droit, la renonciation des filles, dans leur contrat de mariage, à la succession de leurs père et mère. Ces renonciations étaient établies dans l'intérêt seul des frères et de leur fortune territoriale; s'il n'y avait pas d'enfants mâles au décès de leurs père et mère, les filles renonçantes qui avaient reçu seulement pour dot le *chapel de roses* (comme dans la coutume de Tours) prenaient part aux successions avec leurs sœurs, sans que ces dernières eussent le droit de leur opposer la renonciation antérieure[2].

Il y avait dans certaines coutumes cette différence entre les filles nobles et les filles roturières que, par cela même que les filles nobles recevaient de leurs ascendants une portion quelconque de leurs biens par contrat de mariage, elles étaient déchues de plein droit de leur succession, au lieu que la fille roturière n'était exclue qu'autant qu'elle avait expressément renoncé[3]. La disposition relative aux filles nobles représentait l'esprit féodal des premiers temps; la coutume des Lombards portait : « Si le père a donné sa fille à un mari, qu'elle se contente de ce « que le père aura voulu lui attribuer le jour de ses noces, et « qu'elle ne requiert pas davantage[4]. » La disposition relative

[1] Sur le droit de masculinité, voir le livre de mon savant et regrettable ami Lehuërou, *Hist. des Institutions mérovingiennes et carlovingiennes*, II, p. 95 et 109; — et mon *Histoire du droit*, VI, p. 400.

[2] *Coutumes* du Poitou, 220; du Maine, 258; de Bretagne, 557; tit. VII, de Bourgogne, 21; tit. XII, d'Auvergne, 25; de la Marche, 220; tit. XXIII, de Nivernais, 27; de Bordeaux, 66; de Tours, an 1507, ch. XXV, art. 26.

[3] Entre autres coutumes : Poitou, 221; Anjou, 241; Bordeaux, 67.

[4] *Libri feudorum*, tit. *de Nuptiis*, § 7 : « Si pater filiam suam ad maritum « dederit, in hoc contenta sit, quantum pater ei in die traditionis nuptiarum « dederit, amplius non requeratur. » (Voir Boucheul, *Comm. de Coutumes*

aux filles roturières, moins absolue, était une dérivation de cette loi féodale.

N° VI. — Succession des propres à l'égard des ascendants et collatéraux.

Avant l'affranchissement des serfs, qui amena les baux à cens et à rente foncière, les concessions étaient à titre de fief, et, les fiefs étant réputés *patrimoniaux*[1], l'hérédité les faisait passer d'une génération à l'autre. Mais si celui qui en était investi venait à mourir avant son père, son aïeul, le fief ne remontait point à ceux-ci par succession ; un père et un aïeul étaient communément hors de l'âge où le vassal pouvait être en état de porter les armes : de là cette maxime féodale que les *ascendants ne succédaient pas aux fiefs*. Cette règle était d'abord limitée aux fiefs, comme nous l'apprennent Cujas, de Laurière et Bouhier[2]. Elle s'étendit plus tard et par analogie, à des biens autres que les fiefs. — Lorsque le mouvement d'émancipation des personnes et des choses eut répandu dans la société des propriétés de différente nature, la règle de succession, exclusive des ascendants, fut appliquée aux biens que le possesseur avait reçus par succession ou voie équivalente, et qui étaient désignés sous le nom de *propres;* ils s'appelaient ainsi par opposition aux *acquêts* qui provenaient des acquisitions ou donations personnelles au possesseur, et qui prenaient dans celui-ci leur point de départ. — Les propres étant des biens de famille, de patrimoine, furent assimilés, quant à la succession des ascendants, aux fiefs qui étaient aussi patrimoniaux ; et la règle des propres

de Poitou, I, 668.) Même disposition dans les *Coutumes d'Arles;* — mon t. V, p. 124.

[1] Ils n'ont été patrimoniaux, en Dauphiné, que vers le quinzième siècle (voir Salvaing), ce qui peut s'expliquer par le voisinage de l'Italie, où les fiefs, suivant l'usage des Lombards, n'étaient point patrimoniaux (Choppin, *Remarques sur le Droit commun*, p. 2). — Mon t. V sur l'*Hist. du droit.*

[2] Cujas, *de Feudis*, lib. IV, tit. LIX; de Laurière, *sur Loysel*, liv. II, t. V, art. 16; Bouhier, t. Ier, p. 433.

fut comme celle des fiefs, *que les propres ne remontent point*, et que les père et mère ne succèdent qu'aux meubles et acquêts de leurs enfants[1], règle également opposée au droit romain et au droit germanique. — L'intérêt du service des fiefs avait prévalu sur l'inspiration du droit naturel, et les coutumes, filles de la féodalité, s'étaient, sur ce point comme sur tant d'autres, pénétrées de son esprit.

Cujas avait apprécié avec une juste sévérité cette extension du droit féodal au droit coutumier relativement à l'exclusion des ascendants; il dit que « la règle fut appliquée *sans raison* aux alleux. » — La vraie et ancienne succession des *propres* était fondée sur l'intérêt collectif de la famille. A l'instar du droit féodal, les biens propres furent affectés, en ligne collatérale seulement, aux héritiers de celui du côté duquel ces biens provenaient. La prérogative du double lien, reçue en droit romain, ne fut même rien quant aux immeubles : « Tous étaient admis à la totalité « des biens procédant du tronc par lequel ils attouchaient le dé- « funt[2]. » — La famille originaire qui aurait pu les ressaisir par le *retrait lignager*, s'ils avaient été aliénés, les ressaisissait dans l'hérédité du possesseur par la succession lignagère des propres. De là, le mode de succession collatérale déterminé par la règle *paterna paternis, materna maternis*, qui devint absolue dans les coutumes, et qui se coordonna systématiquement avec le principe et les effets du retrait lignager.

N° VII. — Substitutions fidéicommissaires à degrés infinis.

Le principe féodal d'aristocratie foncière a naturalisé dans l'ancienne France et généralisé les substitutions fidéicommissaires et perpétuelles, dont la loi romaine doit, au surplus, revendiquer l'origine. Le chef de la famille mettait sa volonté au-

[1] Choppin, *Remarques communes sur les Cout.*, part. II, quest. 3, p. 35 du tome Ier.

[2] Choppin, *Remarques comm.*, quest. 3. — Mon t. IV, p. 556.

dessus de celle de la loi pour la transmission de tout ou partie de sa succession; il créait un ordre successif différent de l'ordre commun[1]; il frappait sa terre d'inaliénabilité en faveur d'une race de son choix; il lui transmettait le dépôt de sa puissance matérielle, et il pouvait d'avance, sur une échelle indéfinie, enchaîner à cette puissance les générations futures : les siècles, en s'écoulant, respectaient la volonté de l'homme, imposée à un long avenir, immobilisée en faveur d'êtres passagers *vivant et mourant* sur cette glèbe aristocratique qui devait faire leur grandeur, comme les serfs des dixième et onzième siècles vivaient et mouraient sur la glèbe de servitude qui faisait leur misère. La terre, là encore, agissait comme puissance d'attraction; mais au lieu d'enchaîner à son immobilité le faible et l'opprimé, elle y tenait attaché l'homme fort et l'oppresseur : condition bien différente; car au premier elle demandait ses sueurs et son avilissement en échange de la servitude; mais, au second, en échange de sa servitude anoblie, elle prodiguait la richesse de ses fruits et le trésor de ses jouissances. Ainsi, pendant l'époque féodale et dans ses diverses phases, l'injustice ne siége pas seulement au cœur de l'homme, mais elle se matérialise pour ainsi dire à la surface de la terre. Les ordonnances des rois, au seizième siècle, comme nous le verrons plus tard, brisèrent la perpétuité en réduisant la substitution à trois degrés.

N° VIII. — Droit de retour en faveur des héritiers du donateur.

Par la substitution fidéicommissaire, le testateur ou donateur confiait le dépôt de sa grandeur territoriale à une famille étrangère ou à une branche de sa propre famille qui lui paraissait mieux en état que les héritiers du sang de représenter l'esprit aristocratique de la féodalité : cette faculté de choisir était pour l'esprit féodal une garantie particulière contre les oppositions personnelles, ou le penchant aux innovations qui pouvaient se ren-

[1] D'Aguesseau, au préambule de l'ordonnance de 1747 sur les *Substit.*

contrer dans les familles. Mais l'esprit fondamental des transmissions selon le droit coutumier, c'était la conservation des biens dans les familles, c'était la faveur de l'hérédité légitime. Ce principe étendit aux héritiers du donateur les effets de la stipulation du *droit de retour dans les objets donnés, en cas de prédécès du donataire ou de son décès sans enfants*. Dans le droit romain, le retour était purement *personnel* au donateur; dans le droit coutumier, il fut *réel et transmissible*. A cet égard, deux questions s'étaient élevées.

La première, si le droit de retour établi *expressément* dans une donation, au profit des héritiers du donateur, était valable en faveur de ceux-ci : tous les auteurs s'accordaient à reconnaître qu'en cas de *stipulation expresse* en faveur des héritiers, le retour leur profitait. Si l'événement qui donnait ouverture au retour s'accomplissait pendant la vie du donateur, ses héritiers trouvaient ce droit dans la succession, ils l'exerçaient du chef de leur auteur, ils ne l'exerçaient pas comme un droit personnel. Si au contraire l'événement s'accomplissait après le décès du donateur, alors le droit, subordonné à l'événement, n'étant pas ouvert pendant sa vie, ne pouvait se trouver dans sa succession; les héritiers l'exerçaient en vertu de la condition exprimée à leur profit, réalisée après le décès de leur auteur, et comme un droit personnel à eux-mêmes : c'était là une branche du droit de retour généralement admise par le droit coutumier.

La seconde question était si le droit de retour, stipulé au profit du donateur, *sans mention aucune de ses héritiers*, passait à ces derniers, le donateur étant mort avant l'événement du retour.

Plusieurs anciens jurisconsultes[1] reconnaissaient la transmissibilité de plein droit et sans stipulation aux héritiers du donateur; ils se fondaient sur ce qu'on est censé stipuler pour soi, ses héritiers ou ayants cause. — Et, dans ce sens, plusieurs cou-

[1] Lebrun, liv. Ier, ch. v, sect. 2, n° 35, *des Successions ;* Henrys, tome III, liv. VI, quest. 41.

tumes établissaient expressément le retour de plein droit[1]. Cependant la transmissibilité de plein droit n'avait pas la même généralité, dans l'ancienne jurisprudence, que la transmissibilité expressément stipulée. — L'une et l'autre étaient conformes à l'esprit de famille qui faisait le fond du droit coutumier : « Comme « un père, disait Henrys, n'est censé stipuler le retour de la dot « constituée à sa fille que parce qu'il ne veut pas que son bien « se perde dans une *famille étrangère*, aussi cette pensée le « porte plus avant que sa personne. » — Le caractère fondamental du droit de retour stipulé pour les héritiers légitimes, c'est que le donateur préfère le donataire à ses propres héritiers, mais qu'il préfère ses héritiers légitimes à ceux de son donataire, qui lui sont étrangers : ce sentiment de préférence était bien dans l'esprit des coutumes; il explique comment et pourquoi l'usage français était contraire au droit romain, pourquoi le retour, au lieu d'être personnel, était devenu réel[2]. L'ordre des successions légitimes était suspendu pendant la vie de la personne, objet de la prédilection du donateur, mais l'esprit de famille reprenait toute sa force après le décès du donataire mort sans enfants. Le retour conventionnel faisait, par la *réalité* coutumière, rebrousser le cours des libéralités; il faisait remonter les biens à leur source, et il redonnait ainsi à l'hérédité du sang les droits qu'elle avait momentanément perdus[3].

N° IX. — Droit de tester et principes des successions dans les pays coutumiers et les pays de droit écrit.

La féodalité rattachant tous les droits à la terre, à la constitution aristocratique de la famille, a donné de fortes entraves à

[1] Entre autres, celles du Béarn et de Valenciennes.

Maynard, *Questions*, liv. VIII, ch. XXXIII; Lapeyrère, édit. 1749, v° *Retour*, t. II, p. 239; arrêt de 1574 du parlement de Bordeaux; Toulouse suivait le droit romain, et l'art. 951 du Code civil a aussi suivi ses principes.

[3] Les coutumes connaissaient aussi le retour légal et de plein droit en faveur de l'ascendant donateur en cas de prédécès de l'enfant donataire, mais elles étaient en cela conformes au droit romain.

la liberté de disposer; elle a déterminé d'avance les règles d'après lesquelles les biens devaient se transmettre d'une génération à une autre; elle a dû être jalouse de son empire et ennemie des volontés individuelles qui, survivant à l'homme, pouvaient porter atteinte à l'ordre, à l'immutabilité qui étaient dans son esprit. Le droit de *tester* a donc été naturellement restreint dans les coutumes. Il a dû y être regardé comme un droit exceptionnel, et la loi de succession *ab intestat* a dû être le droit général. Au contraire, dans le droit romain et dans les provinces qui en avaient conservé les traditions, la volonté de l'homme était sacrée; le pouvoir testamentaire, image de la liberté romaine, était respecté; les institutions d'héritiers par voie de testament étaient de droit commun et supérieures aux successions *ab intestat*. — Dans les provinces du Nord, la volonté des testateurs n'était point stable, si la loi du pays était contraire. Dans les provinces du Midi, selon le langage des anciens jurisconsultes[1], *la cause d'intestat avait lieu seulement si la cause de tester cessait*. — Dans le Nord, les testaments, considérés comme de simples codicilles, les institutions d'héritiers, comme des legs, étaient vus avec défaveur; l'héritier de la loi était préféré : de plus, l'hérédité d'une seule personne y fut divisée en plusieurs hérédités de *meubles*, de *conquêts*, de *propres maternels*, de *propres paternels*[2]. Dans le Midi, les testaments et les institutions d'héritiers, considérés comme des actes solennels auxquels s'attachait une idée d'honneur pour le défunt, étaient vus favorablement; l'institution d'héritier était un élément nécessaire à la validité du testament; l'héritier *en une certaine chose* fut regardé comme héritier universel, la qualité d'héritier comme indivisible : une personne ne pouvait mourir *partie testat* et *partie intestat*.

Dans le Nord, la portion disponible des propres a été limitée au *tiers*, au *quart*, au *quint*, et même en certaines coutumes quand le testateur ne laissait que des collatéraux : dans tous les cas, il ne

[1] Choppin, t. Ier, p. 55, édit. 1662. — Mon tome VI, *Cout. de Paris*.
[2] Guy-Coquille, *Inst. au Droit français*, t. II, p. 97, édit. 1703.

pouvait donner cette portion à l'un des héritiers du sang; nul ne devait être, dans une même succession, héritier et légataire; le défunt ne pouvait changer l'ordre légal de la succession, ni faire la condition d'un héritier meilleure que celle de l'autre par des dispositions particulières. Toutefois, ce qu'on ne pouvait faire par testament on le pouvait par donation entre-vifs. « La coutume de Paris (dit Cujas) faisait cette distinction, parce que nous donnons plus facilement en mourant que nous n'aliénons pendant notre vie [1]. Mais le donataire était obligé de rapporter à la succession, ce qui rétablissait l'égalité; ou le donataire renonçait à la succession pour s'en tenir au don qu'il avait reçu [2]. Dans le Midi, la plus grande latitude a été laissée à la volonté même du père de famille. La volonté de l'homme a fait loi : l'ancienne règle de liberté testamentaire, inscrite dans les Douze Tables, *dicat testator et erit lex,* a maintenu son énergie ; seulement, afin d'intéresser l'héritier au maintien de l'institution, on lui a conservé la prérogative de la *quarte falcidie*, qualifiée de *légitime.*

Dans le Nord, la loi, transmettant immédiatement les biens d'une génération à une autre, était censée transmettre tout à la fois la propriété et la possession [3]. De là vint la maxime coutumière *le mort saisit le vif*; mais l'héritier testamentaire ou légataire universel, n'ayant pour lui qu'une volonté privée et secondaire, n'était pas saisi de plein droit : il fallait qu'il demandât la délivrance à l'héritier du sang. Dans le Midi, l'homme étant investi de la toute-puissance pour se créer un héritier, sa volonté s'imposait comme une loi publique, et l'héritier institué était saisi de plein droit : la maxime du droit coutumier, faite pour l'héritier du sang, s'appliquait ainsi à l'héritier créé par la volonté de l'homme. Le droit des provinces méridionales allait par conséquent au delà du droit romain, d'après lequel l'héritier institué n'était saisi

[1] « Quoniam facilius relinquimus morientes quam alienamus viventes. » Cujacius, ad tit. III, VII lib. *Cod. de Lege Fusia Cannina.* Vr mon t. VI, p. 383.

[2] De Laurière, *Cout. de Paris*, art. 306, 307 ; t. III, p. 23.

[3] Charondas, *Grand Coutumier*, p. 159.

des biens du défunt que par l'*adition* d'hérédité, par l'appréhension des biens. Il paraît que d'abord ces provinces avaient suivi le droit romain sur la nécessité de l'adition d'hérédité ou de l'acceptation [1]; mais l'usage de Bordeaux transporta à l'héritier institué par testament l'effet immédiat de la maxime *le mort saisit le vif;* et tout le Midi s'est rangé sous l'influence de ce principe [2].

IIIe CLASSIFICATION.

INSTITUTIONS COUTUMIÈRES DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES EFFETS RÉELS DU MARIAGE, LE POUVOIR ADMINISTRATIF DU MARI, LES GARANTIES DE LA FEMME ET DES ENFANTS CONTRE LES RÉSULTATS DE CE POUVOIR.

Au milieu de ces institutions coutumières dont nous suivons l'origine et le progrès, il en est qui ont un caractère spécial : c'est de régler les effets de l'union conjugale relativement à l'administration des biens des époux, au pouvoir marital, à la garantie de la femme et des membres de la famille contre ce pouvoir, à la garantie des familles respectives contre la facilité des avantages entre époux.

Au premier rang dans cette classe est placée la communauté, dont nous avons déjà signalé l'importance. Sortie de diverses origines, même de la communauté des mainmortables, elle a produit d'heureux fruits, et s'est combinée avec des principes amis de la condition humaine.

Notre examen doit être en rapport avec un sujet aussi grave dans l'histoire du droit. Nous examinerons aussi l'origine du douaire et du don mutuel, qui, dans les coutumes, marchait parallèlement à la communauté. Nos regards s'étendront des provinces du Nord aux provinces méridionales, pour suivre dans ces dernières les variétés de la communauté et du douaire, c'est-à-dire la société d'acquêts et l'augment de dot.

[1] Choppin, *Droit commun*, I, 25.

[2] Despeisses, *Success.*, part. III, sect. 1re, n° 3; Furgole, *Test.*, ch. x, n° 12, sect 1re, n° 14; Serres, *Inst.*, liv. III, t. IV, § 4; Salviat, *Jurisp. du Parl. de Bordeaux*, t. II, p. 12, édit. 1824.

Nous comprendrons aussi dans cette classification quelques institutions secondaires qui se rattachent aux objets principaux.

N° Ier. — Communauté conjugale.

On a cherché longtemps et l'on cherche encore l'origine de la communauté : on n'est arrivé à aucun résultat précis; et avant d'émettre un système, il faut procéder par l'étude consciencieuse des faits.

Les uns ont voulu voir cette origine dans les usages des Gaulois, attestés par César. Les *Commentaires* de César disent (et je traduis librement pour bien faire ressortir le sens) : « Un « homme, en se mariant, réunit à la somme qu'il a reçue de sa « femme, à titre de dot, ou aux biens reçus et estimés à ce titre, « une somme ou valeur égale prise dans ses biens personnels ; « il est fait état conjointement de ces deux sommes ou valeurs, « et tous les revenus qui en ont été perçus pendant le mariage « sont mis en réserve. Celui des époux qui survit recueille les « deux parts, ainsi que les fruits échus dans les derniers temps[1]. »

C'est là évidemment un *gain de survie* au profit de l'époux survivant. Il y a une chose mise en commun avec les revenus qu'elle pourra produire, afin d'assurer un avantage au profit du survivant; mais on n'y trouve par la communauté dont tous les revenus appartiennent au mari, la communauté coutumière, dont le mari était *seigneur* et *maître*.

D'autres ont cherché la communauté dans la loi des Ripuai-

[1] *J. Cæsaris Comment.*, lib. VI, c. XX : « *Viri quantas pecunias ab* « *uxoribus, dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione* « *facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim* « *ratio habetur, fructusque servantur : uter eorum vita superarit, ad eum* « *pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* » Je traduis *quantas pecunias* par deux expressions différentes : *Somme* et *Biens*, parce que le sens de *pecunia*, dans la langue du droit, que J. César connaissait exactement, a ce double sens. (V. dans la *Revue historique*, 1858, p. 517, une dissertation remarquable de M. Humbert, lauréat de l'Institut, sur le *Régime nuptial des Gaulois*. — Dans une autre dissertation, *Revue pratique*, 1859, p. 265, M. Dorlencourt traduit *ratio*, un peu arbitrairement, par gestion, ce qui fonde un nouveau système.

res[1] : elle porte en substance « que si le mari n'a rien laissé à sa femme par testament ou tout autre acte (*instrumentum*) elle recevra, si elle *survit*, une dot de cinquante sols et le tiers de toute chose venant de leur collaboration (*de omni re quam simul collaboraverint*). »

Il résulte aussi des Formules de Marculfe (liv. II) que la femme avait pendant la vie du mari un droit de propriété sur ce tiers ; et des exemples, cités par Pasquier, ont été recueillis : Aimoin rapporte que Pépin, maire du palais sous Sigebert, fut délégué pour faire, avec le frère du roi, le partage des trésors de Dagobert, leur père; les partages furent faits par égale portion, mais la *troisième partie* de toutes les choses que Dagobert avait acquises pendant son union avec la reine Nantilde fut réservée à la reine[2].

Un capitulaire de Louis le Débonnaire porte : « Nous voulons « que les femmes, après la mort de leurs maris, reçoivent la « troisième partie du gain qu'ils auront obtenu de leur collabo- « ration sur le bénéfice. »

Au dixième siècle, le roi Raoul, voulant faire aux églises d'immenses largesses pour le recouvrement de sa santé, envoya ses trésors aux monastères de la France et de la Bourgogne, mais réserva la portion de son épouse, sans autre explication : « *Præ- « ter uxoris partem, quidquid tibi thesaurorum supererat.* » (Flodoard.)

Ces textes et ces exemples, où se trouve une idée de colla-

[1] *Lex Ripuar.*, tit. XXXVII, II. On sait que la Loi des Ripuaires est postérieure à l'invasion, et Canciani a prouvé que certaines modifications avaient été faites par le rédacteur, même par Charlemagne. (*Leg. Barb.*, II, p. 290, præf.)

[2] Pasquier, *Recherches*, p. 398 : « *Tertia parte*, ex omnibus quæ Dagobertus acquisiverat postquam Nantildem se sociaret, ipsi reginæ servata. »

[3] « Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum, tertiam partem collaborationis quam simul in beneficio collaboraverunt, accipiant. » (Capit. Lud. Pii, c. IX).

Voir sur la Communauté, pour les origines germaniques, mon *Histoire du Droit*, t. III, ch. V, § 3, n° 6, p. 161. — M. Pardessus, *Loi salique*, p. 670.

boration qui est l'un des principes de l'état de communauté, nous paraissent étrangers aux autres idées fondamentales de la communauté coutumière.

Dans la loi des Ripuaires, c'est à défaut de disposition du mari, et en cas de *survie* de la femme, que celle-ci a droit à un tiers des choses provenant de la collaboration : c'est aussi en cas de survie de la femme que ce tiers lui est acquis, selon le capitulaire de Louis le Débonnaire ; et l'on voit que le tiers des trésors d'un roi de la première race est regardé comme appartenant à la femme survivante.

Le caractère de similitude qui existe entre la loi des Ripuaires et ce capitulaire indique clairement l'origine de ce dernier : de cette loi au capitulaire du fils de Charlemagne, il n'y a de différence réelle que la date de leur promulgation. De l'une à l'autre époque, les mœurs n'avaient pas encore subi la modification apportée par l'esprit de la féodalité : or, comment, dans les temps de l'invasion, les Francs et leurs femmes pouvaient-ils acquérir ensemble ? Ils ne pouvaient acquérir que par le résultat de la conquête. Les peuples de la Germanie emmenaient leurs femmes dans leurs invasions sur le territoire romain ; une attribution de part dans le butin ou le produit de la victoire, au profit de la femme, sortait naturellement de la situation des barbares et de l'idée d'établissement sur le sol étranger. Si le mari franc ne faisait pas, de *son vivant*, la part de sa femme, la loi ripuaire la faisait pour lui et lui accordait un tiers de la collaboration, un tiers des conquêts (*conquæstus*), selon le mot qu'on trouve dans les coutumes écrites bien plus tard, et qui doit venir de l'idée primitive de conquête : il paraît, du reste, que dans la prise de possession des territoires, la distribution par tiers était celle que les conquérants barbares avaient adoptée[1].

La formule de Marculfe, qui atteste l'usage suivi dans les temps postérieurs à l'invasion, et qui donne à la femme un droit

[1] Voir ci-dessus, première époque de la féodalité.

de propriété sur le tiers pendant la vie du mari; l'exemple du roi Raoul qui ne dispose pas de tous ses trésors, et qui se croit obligé de réserver la portion de la reine son épouse, sont la continuation légale et effective de cette attribution de part, reconnue par la loi des Ripuaires. Aussi, depuis que cette idée de conquête s'est arrêtée et a fait place à la féodalité, depuis l'établissement de la communauté coutumière, il n'y a pas d'exemples de reines qui aient eu part aux biens acquis ou possédés par le roi : les reines n'ont jamais été *communes en biens* avec les rois leurs maris. C'est une maxime fondamentale, dans l'ancien droit public de la France, qu'il *n'y a pas de communauté entre eux*[1]. Si donc les reines, sous les deux premières races, avaient *un tiers* des trésors, c'était uniquement par tradition des idées et des usages nés de la conquête primitive.

Un rapprochement me paraît propre à jeter une nouvelle lumière sur ce point.

La coutume de Normandie n'admet pas la *communauté;* elle en est exclusive, et elle est la seule qui ait ce caractère formel de prohibition[2]. Or l'invasion des Normands sur nos côtes et leur établissement dans la Neustrie datent de l'époque où la féodalité s'immobilisait en France : en prenant possession de la province qui leur fut départie, ils ne purent fondre de suite leurs habitudes dans les habitudes des autres provinces; ils continuèrent, plus que les autres conquérants, leurs devanciers, l'esprit des peuples du Nord[3]; ils maintinrent sur plusieurs points les coutumes scandinaves, comme nous l'avons démontré ailleurs[4], et la coutume de Normandie, comme l'ancienne loi barbare, accordait à la femme survivante le *tiers* dans les meubles et un droit

[1] Du Tillet, *Recueil des Rois de France*, p. 257-258.

[2] Celle de Reims ne l'admettait pas de plein droit, mais elle ne l'excluait pas. — Voir les *Conférences de la Coutume de Paris*.

[3] Voir le bel ouvrage sur la *Conquête de l'Angleterre par les Normands*. A. Thierry a retrouvé en eux le type primitif des peuples barbares.

[4] Voir mon *Histoire du Droit*, tome V, liv. IV, sect. III, p. 482, sur les Coutumes de Normandie.

de propriété dans les conquêts faits par le mari en biens de *bourgage*, c'est-à-dire en immeubles non féodaux, en immeubles qui dès lors représentaient le mieux l'idée de conquête. La coutume emploie le mot de *conquêts* faits pendant le mariage, et cependant il y avait absence de communauté. Cet emploi d'expression concourt à justifier encore notre conjecture sur l'étymologie de la dénomination de *conquêts*, appliquée quelquefois aux biens spécialement acquis pendant la communauté, et conservée dans la langue du droit coutumier comme synonyme d'acquêts. Cette dénomination resta, bien qu'à l'époque de la rédaction des coutumes elle ne représentât plus son objet primitif; et son emploi peut être encore pour nous le signe traditionnel de l'idée de conquête, d'une idée contemporaine de l'établissement des Germains dans la Gaule du Nord. Guy-Coquille avait déjà remarqué le sens primitif de ce mot de conquêt; et sur l'art. 27 de la coutume de Nivernais il disait à propos d'une question : « Je ne voudrais « pas la résoudre par cette triviale et *impertinente* distinction « qu'on fait des *acquêts* et des *conquêts*, car nos majeurs ont usé « du mot de conquète, conquérant et *conquest*, sans penser aux « communautés; et notre coutume appelle *conquêt* ce qui est « acquis par un seul[1]. » La coutume de Normandie, dans la disposition que nous avons rappelée, nous paraît avoir un rapport d'étroite parenté avec la loi des Ripuaires; elle réfléchit comme celle-ci, et bien plus vivement que les autres coutumes, l'esprit des peuples du Nord, l'esprit de conquête; et son caractère exclusif de la communauté concourt à établir que l'origine de la communauté coutumière ne vient pas des peuples barbares.

La communauté coutumière, ne venant ni de l'usage des Gaulois, ni des lois et des mœurs des Francs, ni des capitulaires, ni enfin du droit romain, comme cela est reconnu généralement par les jurisconsultes et attesté par les traditions des pays de droit écrit, où sera donc pour nous son origine juridique? Elle

[1] Guy-Coquille, sur l'art. 27 de la coutume de Nivernais, tome I. p. 239.

aura le même principe que les coutumes qui dérivent de sources diverses, mais qui tirent leur caractère dominant d'une cause générale : la féodalité[1].

Philippe Auguste, par une ordonnance de 1219, datée du Pont-de-l'Arche, à une époque où les mœurs féodales étaient dans toute leur force, arrêta le progrès de la communauté qui s'étendait même alors dans la Normandie : il enleva aux parents de la femme morte avant son mari tout droit aux choses acquises pendant le mariage; il revenait ainsi à l'esprit des capitulaires et à l'attribution d'une part en faveur de la femme seulement, en cas de survie. Cette ordonnance, analogue à la disposition isolée qui s'est retrouvée dans la coutume de Normandie, resta stérile et sans exécution hors de la province[2]. Toutefois, elle nous indique bien clairement par son existence même que, dans l'intervalle qui séparait le capitulaire de Louis le Débonnaire de l'ordonnance de 1219, du neuvième au treizième siècle, la communauté coutumière s'était établie ou généralisée dans la France, et qu'elle atteignait la Normandie elle-même, malgré le caractère spécial de féodalité militaire qui la distinguait encore des autres provinces.

Au surplus, considérons en eux-mêmes les éléments qui composent la communauté en droit français, et nous les verrons tous marqués, à leur origine, de l'empreinte féodale.

La notion de la communauté coutumière se compose de trois idées primitives :

[1] De Laurière (*Comm. sur Cout. de Paris*, 255) et Bouhier (*Observations*) ont cru trouver dans les lois romaines l'origine de la communauté, mais cette opinion paradoxale et sans appui n'a pas été suivie.

[2] *Ord.* de juillet 1219 : « *Dominus rex statuit.... de viro et muliere matri-* « *monio conjunctis. Si mulier sine herede decesserit, parentes ipsius ma-* « *lieris non participabunt cum marito suo ex hiis quæ ipsa et maritus ejus* « *simul acquisierunt, dum ipsa viveret, in mobilibus nec in tenementis;* « *imo quiete remanebunt marito ipsius mulieris. Parentibus vero mulieris* « *accedet id quod ipsa secum attulit in matrimonium, salvo legato suo* « *quod ipsa potuit facere per jus.* » (Richer, t. II des *Arrêtés de Lamoignon*, p. 221.) — Ord. I, 38. — Catalogue des actes de Ph. Aug., p. 425.

1° L'idée d'une espèce de société;

2° La faculté de renonciation accordée à la femme ou à ses héritiers;

3° Le pouvoir du mari, chef de la communauté.

Il y avait aussi dans les coutumes une admission presque générale de la continuation de communauté entre l'époux survivant et les enfants demeurant avec lui.

La féodalité assiste à la formation de ces divers éléments.

A son plus haut période, les habitants des villes et des campagnes, pour la plupart, étaient serfs[1]. Les grands propriétaires terriens et leurs vassaux étaient presque seuls en dehors du servage: ils ne travaillaient pas; les hommes chassaient et combattaient, les femmes étaient enfermées oisives dans leurs châteaux. Le servage ne naît pas sans doute de la féodalité[2]; mais il est bien certain, du moins, que sa généralisation est venue d'elle; or, suivant les traditions féodales, entre les serfs ou mainmortables qui vivaient *à même pot et feu, à même chanteau* (expressions techniques des anciens monuments), il y avait communauté. Le serf ou mainmortable pouvait transmettre sa part à ses enfants ou parents qui vivaient *en commun* avec lui[3]. S'il transmettait à un autre sa portion de l'héritage servile, l'immeuble revenait au seigneur. Si un seul *parsonnier* de la communauté serve se retirait, la communauté était dissoute pour tous, et le seigneur reprenait l'immeuble en entier. Dans cette communauté, il y avait un serf qui la représentait, et qui s'appelait le *chef du chanteau :* on en trouve encore la trace jusque dans le dix-huitième siècle, et un arrêt du parlement, rendu sur les conclusions de l'avocat général d'Aguesseau[4], le 5 août 1726, a reconnu les

[1] Cela est prouvé plus haut; V. Biblioth. des Cout., Dissertation prél.

[2] Il existait chez les Romains et chez les Germains à l'époque de l'invasion, ainsi que l'attestent Tacite et le code de Théodose, cités par tous les auteurs.

[3] Voir le *Traité de la mainmorte* de Dunod, ch. III, p. 76, et mon *Histoire du Droit* sur la mainmorte en Franche-Comté, t. V, p. 75 et suiv.

[4] Le fils aîné pour lequel, en 1716, d'Aguesseau, alors procureur général, avait composé ses *Instructions*.

droits du chef du chanteau [1]. — Lorsque les serfs furent affranchis sur un grand nombre de points, et remplacés par la classe des censitaires et tenanciers, les habitudes de vivre en communauté continuèrent; il se forma des sociétés tacites entre ceux qui vivaient en commun : il suffisait d'avoir vécu et d'avoir mis quelque chose en commun pendant l'an et jour, pour qu'il y eût société; les produits se partageaient par tête. — Entre ceux qui se mariaient il y avait également communauté de biens, après la codemeurance pendant l'an et jour. Si un mari et une femme admettaient une troisième personne dans leur codemeurance, après l'an et jour cette personne avait droit au tiers de la communauté. — Quand l'un des époux venait à mourir, si ses enfants, ou mineurs ou majeurs, demeuraient avec le survivant, il y avait une société nouvelle qui était comme la continuation de la première. D'après la condition des personnes dans ces temps reculés, ces sociétés tacites ne pouvaient se faire qu'entre roturiers; car seuls ils travaillaient, seuls ils avaient intérêt à réunir leurs travaux et les produits de leurs sueurs. Aussi, dans le droit postérieur des coutumes écrites, la continuation de communauté n'a-t-elle jamais eu lieu qu'entre roturiers. Les coutumes de Melun et de Troyes n'admettaient même pas la communauté, s'il y avait privilége de noblesse [2]. — Dans la coutume de Blois, au moment de la rédaction, les nobles s'opposèrent à l'article

[1] Dunod, *Mainmorte*, ch. III. — Lebrun, *Traité des Communautés*, préambule. — Boucheul, *Coutume du Poitou*, I, p. 793. — Laurière, *sur Loysel*, t. I, p. 112; Coquille, 58e et 73e quest., art. 5-9, *Cout. de Nivernais :* « Dans ces sortes de communauté chacun a son emploi : les uns « servent à labourer, les autres mènent les vaches et les juments aux « champs, etc.... Elles sont régies et gouvernées par un seul qui est nommé « le *maître de la communauté*, lequel est élu par tous les autres ; il leur « commande à tous; il va aux affaires qu'ils ont, aux foires et ailleurs ; et « il a le pouvoir d'obliger ses *parsonniers en choses mobilières* qui con- « cernent le fait commun. » (Laurière, *loc. cit.*) V. la curieuse notice de M. le procureur général Dupin sur la *Communauté des Jault* en Morvan. (Lettre du 22 sept. 1840.)

[2] *Conférences des Cout.*, p. 241; Melun, art 56; Troyes, art. 83.

relatif au partage de la communauté : la communauté et ses conséquences n'avaient lieu qu'entre roturiers[1].

Il fut une longue époque où les sociétés *tacites* ou *taisibles* furent répandues généralement en France. Ce n'est qu'au seizième siècle, et après l'ordonnance de Moulins (1566), qu'elles perdirent leur généralité. Plusieurs des coutumes rédigées les ont conservées entre *vilains et roturiers*, telles que les coutumes de Sens, Poitou, Saintonge, Angoumois, Bourbonnais, Chartres, Chaumont, Troyes, Montargis, Berry, etc. Il est à remarquer que, dans quelques-unes de ces coutumes, celle du Poitou entre autres, on ne distingue pas la communauté de biens entre époux des autres *sociétés tacites*[2] : elles sont censées exister également par la codemeurance d'an et jour. Dans un grand nombre de coutumes, la communauté entre époux, quoique distinguée des autres sociétés tacites, ne commence pas cependant à partir de la bénédiction nuptiale, mais seulement après l'habitation annale; il en est ainsi dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Chartres, de Bretagne, etc.

Les traces nombreuses de cet usage antique et féodal de la société serve, de la société tacite, de la communauté par codemeurance d'an et jour, sont vivantes encore dans les coutumes des quinzième et seizième siècles. Des monuments plus voisins de l'époque de la féodalité absolue nous attestent avec clarté la même origine. Beaumanoir dit : « Compaignie se fait selon notre cou-« tume pour seulement manoir ensemble à un pain et à un pot, « un an et un jour, puisque (pourvu que) li meubles de l'un et « de l'autre sont mêlés ensemble[3]. » — Le Grand Coutumier s'exprime ainsi : « Nota que par usage et coutume deux conjoints « ou affins demeurans ensemble, par an et jour, sans faire division

[1] Coutume de Blois, art. 162-163. — Le don mutuel sur meubles et conquêts n'avait lieu, par raison de conséquence, qu'entre *roturiers*.
[2] Cout. de Poitou, art. 231.
[3] Cout. de Beauvoisis, ch. XXI, p. 111.

« ni protestation, ils acquièrent l'un et l'autre communauté « quant aux meubles et conquêts[1]. »

L'idée de la société tacite, transformation de la société serve, dominait donc la communauté entre roturiers. Elle s'étendit naturellement aux bourgeois, sous l'influence de la révolution communale et des progrès du commerce ou de l'industrie.

Mais la communauté entre les nobles ne dut pas avoir pour origine l'égalité du servage et du commerce; elle dut prendre sa source plus haut. Le christianisme enseignait l'égalité devant Dieu de l'homme et de la femme, l'indissolubilité du mariage[2], et, cependant, la supériorité d'un sexe sur l'autre pour la direction de la société conjugale. Auprès de la chaumière du serf, en vue du château féodal, le christianisme avait construit l'église protectrice pour tous; la piété de la femme amenait le farouche baron au pied de l'autel; la main du prêtre bénissait, au nom du Dieu vivant, l'union contractée entre le seigneur du lieu et la fille d'un autre seigneur; quelquefois le sacrement intervenait entre la dame châtelaine et un époux qui n'avait pas de fief. Dans tous les cas, en quittant l'autel, la vie conjugale commençait dans l'isolement du château, et là aussi elle devait finir. Cette vie d'isolement n'était pas une vie de collaboration comme celle dont parlaient les lois des anciens conquérants, mais elle devait rendre toujours présente l'idée d'une existence commune entre les deux époux : les intérêts étaient les mêmes, et rien ne pouvait faire concevoir l'utilité de leur séparation. Qu'est-ce que l'épouse aurait fait de cette indépendance et de ces garanties que la femme romaine puisait dans le régime dotal? La femme romaine, dont le lien pouvait être rompu si facilement par le divorce, par la répudiation, avait besoin de garanties spéciales pour sa dot, pour son

[1] *Grand Cout.*, liv. II, ch. XL, p. 264. — Voir aussi Jean Faber, *Instit.* Tit. *de Societate*, p. 354, edit. in-4° Lyon 1593.

[2] *Quod Deus conjunxit homo non separet* (saint Marc, saint Matthieu).— Loysel, dans une de ses règles coutumières, dit : « Les mariages se font au « ciel et se consomment en la terre.» (Tit *du Mar.*, reg. 2.)

avenir et celui de ses enfants. La femme chrétienne avait pour garantie première l'indissolubilité de son union. Mariée à un seigneur de fief, renfermée dans son château solitaire, qu'elle n'aurait pas quitté sans danger, elle n'aurait pu régir des biens *paraphernaux;* elle n'avait pas besoin, dans une société sans commerce, sans mouvement extérieur, que ses biens personnels fussent protégés par l'inaliénabilité du fonds dotal. Elle devait donc naturellement laisser l'administration la plus libre à celui qui, dans la société matrimoniale, avait la supériorité du sexe; qui, par le droit même de la terre féodale, avait le pouvoir seigneurial sur les choses de sa mouvance; et qui au dehors avait souvent besoin d'employer la puissance des armes.

Du reste, l'idée d'égalité, qui est un des éléments de la communauté conjugale, existait si bien, sous plusieurs rapports, au sein du mariage des nobles, que, dans certaines contrées, l'épouse noble d'un mari, qui ne l'était pas, transmettait la noblesse aux enfants, et que la noblesse par les femmes fut, jusque dans les temps modernes, un usage presque général dans les coutumes de la Champagne[1].

En résumé, la communauté de biens pour les nobles, comme pour les roturiers, résultait de la force même des choses, de la situation sociale des époux. La collaboration des communautés mainmortables, des sociétés tacites par codemeurance et mélange de meubles, la collaboration du mari et de la femme commerçants avaient produit la communauté coutumière entre époux roturiers; les principes du christianisme, sur l'indissolubilité du mariage, et la solitude de la vie féodale avaient lié les époux nobles à une existence commune et indivisible: pour les uns et pour les autres, la communauté de biens naissait de la communauté d'existence.

Le mouvement des croisades développant une activité nouvelle

[1] *Glossaire du Droit français*, v° Noblesse de par les Mères. Grosley, *Recherches sur la noblesse utérine de Champagne* (1752). Voir mon *Histoire du Droit*, tome VI, ch. v, sect. iv, p. 69.

et des rapports nouveaux parmi les peuples et les individus, la communauté, à cette époque, a subi une forte distinction : la position de la femme noble a changé; un privilége s'est établi en sa faveur, le *privilége de renonciation*. — La communauté des nobles et des roturiers, différente jusqu'alors dans son origine seulement, s'est divisée en deux branches apparentes.

Le *Grand Coutumier* dit[1] : « La raison pourquoi privilége de « renonciation leur fut donné, ce fut parce que le métier des « hommes nobles est d'aller ès guerres et voyages d'outre-mer, et « à ce s'obligent, et aucunes fois y meurent; et leurs femmes ne « peuvent être de léger acertenées de leurs obligations faites à « cause de leurs voyages, de leurs rançons et de leurs pleige- « ries, qui sont pour leurs compagnies et autrement, et pour ce « ont le privilége de renonciation. »

L'usage en France était que la femme jetât sur la fosse, où l'on déposait le corps de son mari, ses clefs, sa bourse et sa ceinture[2]. — Ses clefs, pour montrer qu'elle abandonnait sa part des biens communs; sa bourse et sa ceinture, pour marquer qu'elle ne retenait rien des biens communs[3].

C'est seulement à l'époque de la rédaction des coutumes que ce privilége de renonciation, exclusivement attribué aux femmes nobles, est devenu un droit commun aux femmes roturières. Loysel attribue cette extension à J. Demesme, qui fut premier président au parlement de Rouen, et qui mourut en 1569[3].

Depuis les croisades jusqu'au seizième siècle, la communauté des époux nobles et celle des époux roturiers portent donc un caractère apparent qui les distingue l'une de l'autre. La femme roturière, qui n'avait pas le droit de renoncer à la communauté

[1] *Grand Coutumier*, liv. II, ch. XLI, p. 271.

[2] *Grand Cout.*, id. De Laurière, *sur Loysel*, liv. I, tit. II, reg. 30.

[3] Loysel, *Inst. cout.*, p. 30. — Par une exception remarquable le droit de renonciation était reconnu appartenir aux femmes roturières comme aux femmes nobles dans les anciennes coutumes du Berry de l'an 1300 (art. 57, *Cout. locale du Berry* par Lathaumassière, p. 269. — V. mon tome VI, p. 268 et suiv.).

après la mort de son mari, était, pendant la vie de celui-ci, réellement associée; elle supportait sa part des dettes, quelque onéreuse qu'elle pût être pour elle. Le principe de la société *tacite*, essentiellement roturière[1], régissait directement cette espèce de communauté. Le pouvoir marital sur les biens qui en dépendaient était l'image du pouvoir primitif du chef du chanteau, du gérant de la société tacite. — La femme noble, au contraire, n'était pas proprement associée, elle espérait l'être, selon l'expression de Dumoulin, *non proprie socia sed speratur fore*; cette suspension de qualité tenait à son privilége de renonciation. Le mari, homme noble et seigneur féodal, avait sur les biens de la communauté et sur ceux de son épouse un pouvoir qui représentait le pouvoir seigneurial. Il était le seigneur et maître des biens de la communauté; il avait sur ceux de sa femme le droit de *bail* et de gouvernement; il recevait l'hommage et la foi des vassaux relevant des fiefs de son épouse. Celle-ci n'avait pas même d'action de remploi sur les biens de son mari pour ses propres aliénés, à moins de stipulation expresse dans le contrat de mariage[2].

Au seizième siècle, les différences dans les caractères de la communauté et du pouvoir marital s'effacèrent. D'une part, la faculté de renonciation étant accordée à la femme roturière et à ses héritiers, il n'y eut plus deux branches distinctes dans la communauté coutumière; d'autre part, la coutume de Paris et les autres coutumes, proclamant le mari seigneur et maître de la communauté[3], le pouvoir marital représenta généralement dans l'administration des biens le pouvoir seigneurial. Cependant le pouvoir sur les biens de la femme fut limité ou contre-balancé par une garantie réelle. La coutume de Paris, lors de la réformation de 1580,

[1] Ce caractère lui est donné dans toutes les coutumes qui admettent les sociétés tacites. — Voir entre autres la *Cout. d'Angoumois* sur les sociétés *taisibles*.

[2] Bouhier, t. I, p. 561; le proverbe (à cause des conséquences) était que « le mari devait se relever trois fois la nuit pour vendre les biens de sa « femme. »

[3] *Cout. de Paris*, art. 225.

accorda sur les biens du mari le *remploi légal* au profit de la femme pour ses propres aliénés, et ce droit de remploi fut généralisé par la jurisprudence des arrêts [1].

Ainsi donc, les notions essentielles qui constituent la communauté coutumière, l'idée de société, le droit des héritiers de la femme prédécédée, la faculté de renonciation, le pouvoir marital sur les biens communs et sur les propres de la femme, ont leur source médiate ou immédiate dans la féodalité civile combinée avec les principes du christianisme.

N° II. — Continuation de communauté.

Quant à la continuation de communauté, il n'est pas besoin de longues recherches pour en prouver la dérivation : « Si deux « conjoints (dit le Grand Coutumier) ont un fils, et après, l'un des « conjoints va de vie à trépas, et depuis ce, icelui fils demeure « avec le survivant, sans faire inventaire, partage ne division, « tout ce que le survivant *a conquêté,* il reviendra à la commu- « nauté avec le fils...

Beaumanoir dit que « cette continuation de communauté « n'était que pour des *roturiers* ou *gens* de pooste [2]. » — Entre nobles, le droit de garde excluait toute communauté des enfants avec l'époux survivant qui gagnait les meubles et les fruits, et qui, dès lors, n'avait pas à faire d'inventaire.

La continuation de communauté n'était qu'une société tacite, subordonnée dans ses effets à l'option des enfants dans l'intérêt desquels elle était introduite [3]. Par toutes les coutumes, sauf bien peu

[1] C'est Dumoulin qui amena ce changement de jurisprudence, et qui fit aussi généraliser le principe des récompenses entre époux, par rapport à la communauté (voir mon tome VI sur la *Coutume de Paris*, p. 359).

[2] *Grand Coutumier*, liv. II, ch. XL. — Beaumanoir, *Cout. de Beauvoisis*, ch. XXV. — Charondas dit à ce sujet (*Cout. de Paris*, p. 151) : « Beauma- « noir et *mon ancien praticien que j'ai écrit à la main* témoignent que cette « compagnie ou communauté n'était qu'entre gens de *pooste*, qu'autrement « on appelle *roturiers* et ne se faisait entre les gentils-hommes.»

[3] *Cout. de Poitou*, art. 309.

d'exceptions, elle était formellement restreinte aux roturiers : elle porte ainsi avec elle son signe originel [1]. La société *tacite* continuait la société *serve*, les roturiers continuaient les serfs dont ils étaient la transformation : la continuation de communauté se composant de ces deux éléments, société tacite et roture, naissait comme eux, par conséquent, de la féodalité. L'évidence de sa filiation concourt encore à jeter la lumière sur l'origine de la communauté elle-même, à laquelle elle succédait après la dissolution du mariage des *époux roturiers*.

N° III. — Pouvoir marital. — Émancipation des filles par mariage.

Nous avons vu le pouvoir marital s'exercer au sein de la communauté noble et roturière. A ce sujet, remarquons une différence essentielle entre le Droit écrit et les Coutumes. Le droit écrit mettait le pouvoir absolu dans le père de famille, soumettait même à ce pouvoir les filles mariées et les enfants majeurs. Les coutumes, qui le refusaient au père, le donnaient en quelque sorte au mari : mais dans ce dernier cas, au lieu de s'exercer sur la personne, ce pouvoir s'exerçait sur les biens. Le mari, comme on l'a dit plus haut, était seigneur et maître des biens communs ; il recevait la foi et l'hommage pour les biens propres de sa femme, et il les administrait. La coutume de Douai allait jusqu'à accorder au mari le droit d'aliéner les propres de sa femme sans son consentement, ce qui était une singulière exagération de l'ancien *mundium* germanique. Souvent la femme mobilisait ses immeubles dans l'intérêt de la communauté ; et la libre disposition en appartenait alors au mari par suite de la clause d'ameublissement. Le pouvoir marital, peu défini dans le

[1] Exception dans la *Coutume de Saint-Jean-d'Angély*, art. 83; — Béchet, *Usance de Saintes*, p. 79. — L'art. 240 de la *Cout. de Paris* ne fait pas de distinction; cela tient à ce que la disposition était nouvelle (de Laurière, sur cet article).

droit romain lorsqu'il avait cessé d'être identifié avec la puissance paternelle, s'était constitué dans la plus grande partie de la France sous l'influence du *mundium* et du droit féodal. La prédominance de la féodalité dans les provinces du Nord était devenue la principale source du pouvoir marital, comme la tradition romaine, dans le Midi, était restée la source de la puissance paternelle.

En pays de droit écrit, où la puissance paternelle était toujours une institution fondamentale, selon les lois romaines, la femme mariée restait sous la puissance de son père, de son aïeul : le mariage n'était pas pour elle un titre d'émancipation [1]. Dans les autres provinces, où les institutions romaines n'avaient pas jeté des racines aussi profondes, l'émancipation des filles par le mariage fut un usage ordinaire, dont l'origine pouvait remonter aux traditions celtiques, mais qui s'accordait parfaitement avec l'ensemble des coutumes, où le mari était reconnu seigneur et maître de la communauté [2]. Il ne fallait pas évidemment qu'un pouvoir supérieur au sien pût, à l'égard de sa femme, gêner son administration : l'émancipation des filles mariées devint donc une règle aussi générale que l'institution de la communauté coutumière et du pouvoir marital.

N° IV. — Société d'acquêts. — Réserve contractuelle.

La communauté, qui s'est développée librement dans les pays de coutumes et comme une loi territoriale, n'a pas conservé ce caractère dans les provinces du Midi. Les anciennes traditions du droit

[1] Bretonnier, *Questions de droit*, v° *Puissance paternelle*, p. 267. Il y avait exception à l'égard des pays de droit écrit compris dans le ressort du parlement de Paris.

[2] Sur l'émancipation par mariage, voir mon *Histoire du Droit*, tome II, p. 472.

romain et les dispositions favorables aux lois retrouvées et propagées dans les douzième et treizième siècles, furent un puissant obstacle à sa généralisation dans les contrées méridionales. Là, le principe de la communauté s'est combiné avec le régime dotal issu du droit civil; et il s'y est modifié sous le nom de *société d'acquêts*. — Inconnue aux lois romaines, dérivée du droit coutumier, la société d'acquêts a marché, dans le Languedoc, la Provence et la Guienne, en ligne parallèle avec l'inaliénabilité du fonds dotal, principe dérivé du droit romain.

Les époux, en Guienne, à Toulouse et dans les autres provinces méridionales, s'associaient expressément aux acquêts, et souvent ils les affectaient ou les *réservaient par le contrat aux enfants à naître de leur union*. Cette affectation expresse s'appelait *réserve contractuelle*, et constituait une donation à cause de mort, subordonnée à deux conditions, savoir : la naissance des enfants, et leur survie au donateur. C'était une sorte d'institution contractuelle, irrévocable en elle-même, qui ne privait pas le père du droit d'aliéner à titre onéreux, mais à titre gratuit. Les enfants n'avaient qu'une expectative pendant la vie de leur père : par la séparation des époux ou la dissolution du mariage, les acquêts étaient frappés de dévolution au profit des enfants ; ils ne pouvaient plus être aliénés ni hypothéqués. Seulement les enfants ne devaient recueillir tout l'effet de la réserve qu'en renonçant à la succession de leurs auteurs, ou en l'acceptant sous bénéfice d'inventaire. La réserve contractuelle les investissait, dès l'instant de la mort naturelle ou civile de l'un des époux, de la moitié des acquêts, revenant à l'époux prédécédé : ils la prenaient *jure suo*, et, s'ils étaient morts avant leur auteur, leurs enfants la prenaient ou *jure suo*, ou par représentation en cas de concours à divers degrés. Les acquêts ne pouvaient être saisis que pour dette antérieure au mariage ou pour dette de société, et encore les enfants avaient le droit de *revendiquer* l'immeuble saisi, en payant la dette.

Le principe de la dotalité était une garantie non-seulement

pour la femme, mais aussi pour les enfants : il avait pénétré de son esprit la société d'acquêts accompagnée de *réserve contractuelle*, en mettant les acquêts réservés hors de l'absolu pouvoir du père ou de la mère survivante. Les acquêts formaient ainsi un genre de biens distincts du patrimoine des conjoints ; et si le mari, après la mort de sa femme, pouvait vendre encore les biens, ce n'était que comme liquidateur de la société et pour en acquitter les dettes : la société se survivait à elle-même quelque temps et pour un objet déterminé, dans la personne de son représentant légal [1].

Indépendamment de cette affectation de biens, qui pouvait avoir lieu au profit des enfants à naître, la société d'acquêts se distinguait de la communauté sous plusieurs rapports. Nous signalerons quatre différences essentielles :

1° Les créances et les dettes antérieures au mariage ne tombaient pas dans la société d'acquêts ; les meubles restaient à l'époux qui les avait apportés ou auquel ils étaient échus ; mais *ceux faits pendant le mariage* étaient censés remplacer ceux existants lors de la célébration [2].

2° Les meubles meublants étaient censés appartenir au mari, à moins qu'il n'eût habité dans une maison qui aurait été meublée et aurait dépendu des propriétés de sa femme : on disait du mari, dans ce cas, qu'il était *adventice*.

3° Le mari ou la femme survivante n'était point obligé de faire inventaire des biens de la société. La femme qui n'avait pas fait inventaire conservait même, pendant trente ans, le droit de renoncer à la société d'acquêts, droit exorbitant de la communauté coutumière. Le mari qui n'avait pas fait inventaire ne pouvait être privé, pendant la minorité de ses enfants, de l'usufruit des acquêts ou des biens propres de sa femme prédécédée, priva-

[1] Voir l'ouvrage plein d'érudition de M. Tessier, avocat à la cour impériale de Bordeaux, *Traité de la Société d'acquêts*, p. 282, et *passim*.
[2] Salviat, t. I, p. 14. — V° Acquêts : point d'inventaires à faire.

tion infligée dans les pays coutumiers comme une peine due à sa négligence.

4° La plus importante des différences entre la communauté et la société d'acquêts, c'est qu'il n'y avait jamais lieu à la continuation de société entre le père et les enfants, comme à la continuation de communauté, généralement établie dans les coutumes : de là suivait aussi que la preuve de la consistance de la communauté par *commune renommée*, qui était admise lorsque les enfants répudiaient la continuation de communauté, était tout à fait inconnue en matière de société d'acquêts.

Mais ce qui identifie le principe de la communauté et de la société d'acquêts, c'est le caractère absolu de la puissance maritale dans l'administration et la disposition des acquêts, hors le cas de réserve contractuelle, comme dans l'administration de la communauté ; c'est aussi la faculté de renonciation accordée à la femme et à ses héritiers. La puissance refusée au mari, sous l'influence de la dotalité romaine, lui est restituée, sous l'influence de l'esprit des coutumes et de la communauté. La femme, en pays de droit écrit, est moins associée qu'elle n'espère l'être, comme la femme noble, d'abord, et les femmes nobles et roturières, sans distinction, depuis le seizième siècle. Cependant la femme du Midi a encore une condition meilleure que la femme du Nord, même sur le point qui les réunit : non-seulement elle peut renoncer, pendant trente ans, à la société d'acquêts, en rapportant un simple état des objets existants au décès du mari, mais elle le peut malgré une acceptation précédente de sa part et une gestion continue. Rien de semblable à ce privilége n'était accordé à la femme mariée sous le régime de la communauté coutumière.

Conclusion : la société d'acquêts, avec ses rapports et ses différences, est une institution coutumière dérivée de la communauté, et modifiée par l'esprit de dotalité qui régnait dans les provinces du Midi.

Mais le principe du Midi avait, sous un rapport essentiel, con-

servé sa prédominance : la dotalité était la loi territoriale. C'était par l'expression seulement de la volonté des époux qu'ils vivaient aussi sous l'empire de la société d'acquêts; celle-ci était comme un accident du régime dotal [1]. Au contraire, la communauté coutumière était la loi territoriale des provinces du Nord ; et pour s'y soustraire il fallait une dérogation exprimée par la volonté des contractants.

N° V. — Douaire et don mutuel.

Le principe dominant de la communauté, comme on l'a vu, c'était le pouvoir presque absolu du mari sur les biens qui la composaient : le douaire vint se placer dans les coutumes comme un contre-poids nécessaire pour balancer les effets de cette puissance. Le douaire coutumier était une garantie donnée sur les *biens propres* du mari à l'existence de la femme et quelquefois à celle des enfants.

Le germe du douaire existait dans les lois salique et ripuaire qui excluaient les filles de la terre salique ou de l'alleu paternel, et dans les usages germaniques d'après lesquels les maris dotaient leurs femmes et leur accordaient le don du matin (*morgengabe*). On retrouve dans les capitulaires un don, une sorte de douaire conventionnel qui se fixait entre les parents et amis des époux à la porte même de l'église : *ils devisaient devant l'église*, dit Beaumanoir, *de la dot dont la fille serait douée par le futur*. Ces fixations étaient livrées à l'arbitraire de chaque famille, et souvent on s'abstenait de cette libéralité. Mais à l'époque où la féodalité était dominante dans les mœurs, où la communauté coutumière était uniformément répandue, le douaire devint fixe et coutumier, il devint général comme la communauté; la stipulation expresse ne fut plus nécessaire : si le douaire n'était pas convenu, il était imposé par la coutume. A côté du douaire *préfixe* ou *con-*

[1] M. Tessier, *Société d'Acquêts*, p. 246.

ventionnel s'éleva donc le douaire *coutumier*. C'est au commencement du treizième siècle qu'il prit ce caractère de généralité ; sa quotité fut fixée à la moitié des *propres* du mari par Philippe Auguste, en 1214 ; et en 1215, au tiers, par la Grande Charte d'Angleterre, qui fut suivie dans la partie du territoire de France possédée par les Anglais [1].

Le douaire coutumier conserva cette quotité de moitié dans les provinces en deçà de la Loire (comme Paris et Orléans), et du tiers dans les provinces au delà (comme le Poitou, le Maine et l'Anjou, la Normandie et la Bretagne. Les Établissements de saint Louis de 1270 adoptèrent cette fixation du tiers.

Les coutumes, en régularisant le douaire comme garantie pour la femme, à laquelle il assurait un usufruit, ne portaient cependant aucune atteinte à la plénitude des effets de la communauté : elles respectaient dans son indépendance absolue le pouvoir du mari qui en était le chef, et ce n'était qu'en dehors de la communauté qu'elles cherchaient un contre-poids : l'effet même ne pouvait s'en faire sentir qu'après la mort du mari, tant les coutumes craignaient de blesser jusqu'aux apparences du pouvoir marital !

Comme la garantie de la femme n'aurait pu, sans porter atteinte à la puissance du chef de la communauté, s'exercer sur les biens qui composaient celle-ci, les meubles, les acquêts, les biens en général qui tombaient dans la communauté n'étaient nullement affectés au douaire. Le douaire s'exerçait exclusivement sur les biens propres du mari, qui existaient au jour du mariage ou qui lui advenaient en ligne directe, pendant la durée de son union. Ces biens étaient ceux que la femme pouvait, en se mariant, regarder comme devant servir d'assiette à la garantie de son existence à venir, car ils appartenaient à son futur époux, ou ils appartenaient à ceux que leur titre de père, d'ascendant rendait les protecteurs de l'union contractée; à ceux qui d'ailleurs, dans

[1] Ord. I, 41. Beaumanoir, I, 216. Normandie, art. 367. Mon tome VI, p. 140, 173.

les premiers temps des coutumes, ne pouvaient aliéner leurs biens sans le concours de leurs *hoirs* ou héritiers [1].

Le douaire était aussi une garantie particulière pour l'existence des enfants, dans les coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans, déclaraient en leur faveur le douaire propre. Boutillier appelle le droit naissant du douaire *vitalitium*, *droit de vivelotte* [2]. Le douaire était limité pour la femme à l'usufruit des biens y affectés; pour les enfants, à la nue propriété des mêmes biens, pendant la vie de leur mère : les enfants *douairiers* ne pouvaient recueillir la pleine propriété que quand ils renonçaient à la succession paternelle, trop grevée de charges pour leur offrir une véritable ressource.

La garantie de l'existence de la femme et des enfants reposait sur ce droit ; aussi était-il absolu contre les tiers. — Les biens qu'il frappait étaient inaliénables, imprescriptibles, ou ne pouvaient être affranchis du douaire par le fait du mari : le droit s'exerçait même sur les biens qui, dans les mains du mari, étaient grevés de substitution.

Cependant le douaire n'était pas un établissement d'ordre public, auquel il ne fût pas permis à la femme de porter atteinte. La femme pouvait y renoncer d'avance. La renonciation pouvait être *expresse* dans le contrat de mariage, ou *tacite* par le concours de la femme à la vente des biens affectés au douaire ; et cette liberté de renonciation était une dernière concession faite par l'esprit des coutumes au pouvoir dominant du chef de la communauté.

Si l'institution du douaire avait pour objet la garantie de la femme contre ce pouvoir, les coutumes songèrent aussi à garantir les héritiers du mari contre l'influence de l'épouse, qui pouvait quelquefois exercer jusqu'à l'excès un ascendant d'affec-

[1] *Ancien coutumier d'Artois*, ch. XXIV, § 5 : « Quand li hons vend par « l'assentement de son hoir, il convient qu'il soit seu dou signeur de qui li « héritages est tenu.... et convient que li hoirs, se c'est fies, le rapporte « aussi tout l'iretaige en le main dou signeur pour ahireter l'acheteur, et « die qu'il tout (tollit) le droit qu'il a en cel héritage.... »

[2] *Dotalitium, vitalitium*, Somme rurale, p. 559 et 564.

tion : le douaire existant, les avantages entre époux étaient prohibés.

Le douaire *coutumier*, corollaire de la communauté, l'accompagna fidèlement ; mais toutes les coutumes cependant ne réalisèrent pas la conséquence au même degré. Quelques-unes exigeaient qu'il fût stipulé; elles reconnaissaient la communauté sans donner de *plein droit* un douaire à la femme : telles les coutumes de la Rochelle, de la Marche, de la ville de Boulogne, du Berry ; là, le pouvoir marital resta sans contre-poids.

Certaines coutumes n'établirent le douaire de plein droit qu'en faveur des femmes nobles : telles la coutume de Saintonge et celle de l'Angoumois qui, toujours ouvertes aux priviléges de noblesse, constituaient la femme noble douairière du tiers des biens nobles appartenant au mari. — Mais quant aux roturiers, la disposition de la coutume d'Angoumois mérite d'être remarquée[1]. Elle ne veut pas que la femme roturière soit préférée aux enfants dans la jouissance d'une partie des biens propres de leur père. Elle ne permet en sa faveur que la promesse d'un don en argent appelé *ocle* (*osculi pretium*); et par une conséquence rationnelle de la nature du douaire institué pour assurer l'existence de la femme, la femme roturière n'a droit au don convenu qu'en *cas de renonciation à la communauté*, c'est-à-dire lorsque la communauté n'a produit aucun résultat avantageux. Si elle accepte la communauté, dans sa part de profits elle trouve ses moyens d'existence ; cette acceptation, du moins, est la preuve que le mari, par son administration, n'avait pas compromis les intérêts communs : la coutume défendait le cumul de l'*ocle* et des bénéfices de communauté. N'accorder le don qu'en l'absence de ces bénéfices, était tirer la déduction la plus logique, sans doute, mais aussi la plus rigoureuse contre la veuve.

La coutume de Bretagne fait ressortir l'idée mère du douaire légal par une expression caractéristique : « Douaire est acquis à

[1] Art. 47. *Cout. d'Angoumois* de 1514.

« la femme veuve sur les héritages de son *seigneur mari.* » — Elle indique bien par là que c'est pour servir de contre-poids à cette puissance du seigneur mari que le douaire est accordé à la femme faible et dépendante.

La relation qui existait entre la communauté et le douaire était tellement intime dans l'esprit des coutumes, que la clause par laquelle les époux se soumettaient à la coutume de Paris, en dérogeant à toute autre, pour le régime de la communauté, emportait leur soumission de plein droit au douaire réglé par cette coutume [1].

Tous nos anciens jurisconsultes reconnaissent que le douaire était étranger au droit romain et résultait de notre droit coutumier; mais ils n'ont pas cherché son rapport naturel et vital avec l'ensemble de ce droit. Seulement, ceux qui avaient commencé à résumer l'ancienne législation, au moment voisin de sa rénovation [2], avaient remarqué que le douaire, qualifié par eux droit purement coutumier, n'était pas né en même temps que la communauté coutumière; qu'à l'époque de la généralisation du douaire, devenu usuel et obligatoire au treizième siècle, la communauté existait déjà comme un usage constant. Nous voyons pourquoi il en dut être ainsi : ce n'est que lorsque le pouvoir du chef de la communauté conjugale fut général et presque absolu, qu'un contre-poids général et une garantie fixe pour la femme durent paraître nécessaires.

Le don du matin (*morgengabe*), que les Germains et les Lombards faisaient à leurs femmes le lendemain des noces, peut être considéré comme l'origine du douaire ; une origine toutefois éloignée et qui seule ne pourrait expliquer l'institution du douaire, devenue générale dans les coutumes de France. En s'attachant exclusivement à cette origine, Cujas et les canonistes disaient que le douaire était *præmium defloratæ virginitatis ;* mais cette

[1] *Cout. de Paris*, art. 253-254; Argou, t. II, p. 123.

[2] Les auteurs du Nouveau Denisard, sous la direction de Bayard et Camus, 1782 (v° *Douaire*).

opinion était évidemment exagérée, puisque les veuves remariées avaient droit au douaire. — Le *morgengabe* ou don du lendemain était une espèce de prime matinale, donnée par le mari à la nouvelle épouse qui avait satisfait ses désirs[1] : libéralité digne de mœurs barbares et dont le souvenir se retrouve dans la coutume de Normandie qui avait conservé l'image la plus vive des mœurs du Nord. Cette coutume, prohibitive de la communauté, donnait à l'épouse un avantage qui était aussi le don du lendemain, et elle disait, dans sa nudité de langage : « *Au coucher la femme gagne son douaire*[2]. »

Ainsi donc, c'est au droit germanique par son origine, mais à la féodalité par ses développements et par ses rapports avec la communauté coutumière, que se rattache le douaire coutumier, institution favorable à la condition de la femme survivante qui, pendant sa vie et sa collaboration avec le mari, avait été livrée, pour les biens acquis en commun, au seigneur et maître de la communauté.

La garantie du douaire en faveur de la femme était bornée à certains biens du mari, et il pouvait se faire que le mari, n'ayant pas de patrimoine, la garantie fût illusoire. — C'est donc aussi d'un besoin de garantie pour l'avenir de la femme, et en même temps d'un sentiment de justice à l'égard du mari qui avait bien administré la communauté, qu'est né le *don mutuel*, lequel comprenait la jouissance des biens seuls de la communauté au profit de l'époux survivant.

Le don mutuel avait deux causes comme institution coutumière : l'intérêt de la femme survivante ou même du mari devenu veuf; et surtout, la prohibition des avantages entre époux, qui

[1] Les J. C. l'appelaient *præmium matutinum*.

[2] Il y avait un autre proverbe qui par l'expression rappelait cet adage : « Au mal coucher la femme perd son douaire, » ce qui s'appliquait à la femme adultère, qui perdait ses avantages nuptiaux portés par contrat de mariage, révocation pour cause d'ingratitude. (Despeisses, tit. XV, sect. V, n° 23.)

était une des règles générales du droit coutumier. Les coutumes voulaient la *conservation des biens dans les familles* : c'est un principe fondamental dans les pays coutumiers, principe qui touche par ses origines les plus éloignées aux mœurs des peuples celtiques[1]; et ce principe s'étendait, au moyen âge, non-seulement aux biens patrimoniaux, mais aux conquêts de communauté, en ce sens qu'à la dissolution du mariage, la propriété s'en divisait de plein droit entre l'époux survivant et la famille de l'époux prédécédé. Le don mutuel respecta ce principe de l'acquisition des biens, de leur conservation dans les familles respectives des époux; et son caractère de gain de survie, en jouissance seulement, et sur les *seuls biens de la communauté* (jamais sur les propres des époux), est attesté par tous les auteurs de l'ancienne jurisprudence comme une institution essentiellement coutumière et parallèle à la communauté. Le don mutuel est indiqué dans la Somme rurale sous le nom de *revestissement*, « ainsi appelé, dit « Boutillier, parce qu'autant en amende un époux que l'autre. » Il se trouve sous le nom propre de *don mutuel* dans les coutumes notoires du Châtelet, les décisions de Jean des Mares, le Grand Coutumier de Charles VI. Il se liait, dans la coutume de Paris et les coutumes en général, au régime de la communauté : ses deux caractères étaient l'égalité parfaite et l'irrévocabilité naissant du contrat de mariage[2]. Charondas a exprimé le motif équitable de l'exception faite ainsi à la défense des avantages entre époux : « Il est raisonnable, dit-il, que les époux *jouissent durant leur « vie* des biens qu'ils ont amassés *par leur commun travail et « industrie.* » — « La donation mutuelle, dit Ricard, est une « dépendance de la communauté, et partant, elle ne peut avoir « lieu, si le fondement, qui est la communauté, manque[3]. » —

[1] On peut consulter à ce sujet mon *Histoire du Droit*, tome II, *époque celtique*, livre II.

[2] *Cout. de Paris* de 1510, art. 156, — de 1580 (*Cout. Reformée*), art. 280, 282.

[3] Charondas, *Cout. de Paris*, sur l'art. 280. — Ricard, *Traité du Don mutuel*, ch. v, n° 16, tome II de ses œuvres, p. 42. — Sur la matière si

Voilà bien établi le lien du don mutuel avec la communauté.

Le don mutuel devait être stipulé par le contrat de mariage [1].

Certaines coutumes établissaient de plein droit un avantage mutuel au profit du survivant, mais seulement entre les époux nobles [2]; pour les roturiers, il fallait une stipulation expresse. Ces coutumes étaient moins attentives aux intérêts de la roture qu'à ceux de la noblesse féodale; et souvent ainsi, par leur vigilance exceptionnelle en faveur des personnes privilégiées, les coutumes déposaient encore au seizième siècle de l'esprit originaire du droit féodal et coutumier.

N° VI. — Augment de dot.

Dans les provinces méridionales, où la dotalité émanée du droit romain était le principe dominant, un autre point de vue se présente relativement au douaire et aux donations mutuelles; la cause changeant, l'effet devait changer.

La dotalité, c'est la limitation du pouvoir marital; le mari n'a qu'une simple gestion. De plus, le système des biens *paraphernaux*, accessoire ordinaire de la dotalité, constitue, sous le rapport administratif, l'indépendance de l'épouse; il rend la condition de la femme dans l'administration de ces biens égale à celle de l'homme [3].

Le douaire, garantie de la femme du Nord contre l'exercice du pouvoir marital, n'avait donc pas la même raison d'existence dans les pays où régnait la dotalité : mais comme, à côté du principe romain, l'institution de la communauté fut représentée dans les pays de droit écrit par la société d'acquêts, de même le douaire

importante des gains de survie et du don mutuel, voir le savant Essai de M. Paul de Salvandy, docteur en droit (1855), et mon *Histoire du Droit*, tome VI, p. 371-377.

[1] *Ancienne Coutume du Poitou*, voir mon tome VI, ch. VI, p. 234.

[2] *Cout. de Senlis*, et quelques autres. La *Cout. de Senlis* accordait au survivant les meubles de la communauté (Ricard, *loc. cit.*)

[3] Questions pour les *Prov. de droit écrit* et le Dorat, par Mallebay de la Motte, p. 308 (éd. 1782).

y fut représenté par l'*augment de dot* qui avait avec le douaire coutumier des rapports et des différences. Les analogies viennent du principe identique de la communauté et de la société d'acquêts; les différences naissent des caractères distinctifs de la dotalité et de la communauté.

Voyons les différences ; la comparaison fera ressortir chaque objet.

1° Le régime dotal, dans son principe et ses accessoires, c'était la dot protégée contre le droit du mari; l'égalité de condition entre le mari et la femme à l'égard de certains biens; l'égalité de contribution aux charges du ménage, à l'éducation des enfants. De ce principe d'égalité le droit de Justinien avait tiré une conséquence exorbitante : il voulait que le mari qui recevait la dot fît à la femme une donation *propter nuptias* qui fût égale à la dot. La novelle 91 [1] établissait la règle « dot portée mérite dona- « tion, » *dos data donationem meretur*; et la conséquence avait été tirée impérieusement jusqu'à exiger l'équilibre le plus parfait entre la donation du mari et la dot de la femme : en cas de survie, le même gain était stipulé sur la dot ou sur la donation pour l'époux survivant.

L'augment de dot est une dérivation de ce dogme d'égalité. Il paraît même que les Grecs du Bas-Empire, modifiant la donation *propter nuptias*, avaient introduit sous le nom d'hyperbolon quelque avantage analogue à l'augment de dot [2].

Cet augment, qu'on appelait aussi dans le ressort du parlement de Bordeaux agencement (*agentiamentum*), se réglait sur la dot. Il n'était pas la représentation de sa valeur, comme la donation *propter nuptias* de Justinien, mais il était généralement la représentation de la moitié de l'argent ou du tiers des immeubles apportés en dot. — Le douaire coutumier était dû à la femme, quoiqu'elle n'eût rien apporté à son mari; mais l'augment n'avait lieu que quand il y avait constitution dotale soit par la

[1] Just., *Novella* 91, cap. II.

[2] Hermenopule, *Promptuarium Juris* et *Lexicon Calvini*, v° *Hyperbolon*.

femme, soit par ses parents. C'est là une première différence qui caractérise bien le rapport que le douaire soutient avec la communauté, et que l'augment soutient avec le régime dotal.

2° Le douaire était fixe ; la dot venant à s'accroître par succession pendant le mariage, l'augment croissait proportionnellement.

3° L'intérêt des enfants à naître était l'un des éléments de la dotalité [1] ; il était aussi l'élément principal de l'augment de dot.

S'il y avait des enfants du mariage, la propriété de l'augment leur appartenait, sauf une portion virile ou égale à celle de chacun d'eux, qui était réservée à la femme. Si celle-ci passait à de secondes noces, elle perdait même la propriété de cette part d'enfant. La veuve n'avait la propriété totale de l'augment que lorsqu'elle était sans enfants, ou que, remariée, elle survivait à tous ses enfants [2].

Le douaire coutumier n'était jamais pour la femme qu'un usufruit, sans aucune part dans la propriété.

4° La dot étant la cause première, le principe vital de l'augment, le droit des enfants tenait essentiellement à celui de la mère qui avait apporté la dot ; si la femme mourait avant son mari, le principe de transmission manquait aux enfants; il n'y avait plus cet intermédiaire nécessaire par lequel l'augment pouvait arriver jusqu'à eux : pour eux l'augment n'existait pas.

Au contraire, dans les coutumes où le douaire était propre aux enfants, il leur était acquis, quoique la mère mourût la première; ce douaire propre n'était pas accordé aux enfants à cause de la femme, il leur appartenait personnellement, *jure contractus*, indépendamment de la survie de la mère et de l'usufruit maternel.

5° Ce n'était pas comme héritiers que les enfants prenaient les biens affectés au douaire, mais comme *douairiers*, et seulement lorsqu'ils avaient renoncé à la succession paternelle. Ce

[1] *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse.....*

[2] Bretonnier, *Questions de Droit*, édit. 1783, v° *Augment*.

douaire à eux propre était différent de la légitime, car ils ne recueillaient point de part légitimaire s'ils répudiaient la succession. Le douaire propre était la dernière ressource de la coutume pour protéger l'existence des enfants. Aussi la coutume leur accordait-elle un droit parfait de propriété, dont l'exercice seulement était suspendu pendant la vie du père, et, sous quelque rapport, pendant la vie de la mère survivante : ce droit, pendant la vie du père et de la mère, était mis à l'abri de toute prescription.

Le droit des enfants à l'augment n'était pas subordonné aux mêmes conditions ; ils n'avaient pas besoin de renoncer à la succession de leur père pour profiter de l'augment ; ils le prélevaient dans cette succession à titre de reprise, et le titre de reprise est compatible avec la qualité d'héritier.

En dernière analyse, l'augment n'était ni un bien paternel ni un bien maternel : c'était une troisième espèce de biens à part que les enfants pouvaient prendre en recueillant leur légitime[1].

6° L'augment de dot étant dans l'intérêt particulier des enfants, la femme n'en pouvait jouir qu'en donnant caution ; — la femme des pays coutumiers n'était pas astreinte, pour la jouissance de son douaire, à cette obligation, sauf le cas de second mariage.

Toutes ces différences entre l'augment de dot et le douaire viennent de l'esprit même du régime dotal : il est temps de signaler leurs rapports.

Ces rapports se manifestent dans leur mode d'institution, dans leur nature, dans leurs effets et sur les biens du mari et contre les tiers.

Quant à leur institution : ils sont l'un et l'autre ou coutumiers ou conventionnels; l'augment était coutumier, il avait lieu de plein droit principalement dans le Lyonnais et les parlements de Bordeaux et de Toulouse. Le douaire conventionnel ne pouvait excéder

[1] Bretonnier, *Questions de droit*, v° *Augment*.

le coutumier ; l'augment le pouvait, mais il fut ensuite réductible par le droit des ordonnances.

Quant à leur nature : ils sont l'un et l'autre pour l'épouse un gain de survie en usufruit, sauf les cas spéciaux que nous avons reconnus dans le cercle plus extensible de l'augment.

Quant à leurs effets sur les biens du mari : ils s'exercent également sur les biens propres existants au jour du mariage, ou advenus depuis, en ligne directe ; les biens de la communauté ou de la société d'acquêts ne sont pas affectés à leur garantie ; le pouvoir du mari, dans cette sphère des propriétés acquises pendant le mariage, conserve toute son indépendance.

Quant à leurs effets à l'égard des tiers : les aliénations faites par le père sont révocables de plein droit ; ce n'est que par la prescription de trente ans à partir du décès du père ou de la mère survivante que les acquéreurs des biens soumis aux droits de l'épouse ou des enfants peuvent repousser l'action de ceux auxquels est départi le douaire ou l'augment de dot.

Les biens grevés de substitution sont affectés subsidiairement à la garantie du douaire et de l'augment sans distinction ; seulement il y avait fluctuation d'opinions sur le point de savoir si tout bien grevé de substitution, quel que fût l'auteur de l'institution, ascendant, collatéral ou étranger, était frappé de cette affectation subsidiaire. Les biens possédés par le mari et compris dans une substitution faite par son père, étaient, sans aucun doute, soumis au douaire ou à l'augment de dot [1].

On peut ajouter que le douaire et l'augment ont encore un rapport d'immutabilité ; ils ne peuvent s'accroître pendant le mariage par la volonté des parties : s'il y avait eu faculté d'augmentation, les avantages entre époux, prohibés absolument en pays de coutumes et, comme dons entre-vifs, en pays de droit écrit, auraient eu libre carrière.

L'esprit de dotalité, si favorable à l'épouse, avait introduit

[1] Voir sur cette divergence d'opinions le *Recueil* de Bretonnier.

dans les provinces méridionales un droit particulier sous le nom de droit d'*insistance* ou de *rétention*. La femme, après la dissolution du mariage ou sa séparation, retenait la possession des biens de son mari jusqu'au payement de ses cas dotaux et de ses reprises matrimoniales. Quand cette faculté était stipulée dans le contrat, c'était le droit de rétention ; la femme alors faisait les fruits siens : quand elle n'était pas stipulée, c'était le droit d'insistance, d'après lequel elle recueillait les fruits à la charge d'en rendre compte [1].

Ainsi, en résumé, la communauté et le douaire, la société d'acquêts et l'augment de dot, ainsi que leurs accessoires, sont des éléments qui existent respectivement à la même époque dans le nord et dans le midi de la France; et les rapports essentiels qui les unissent, malgré leurs diversités, leur donnent une place marquée dans l'ensemble des institutions coutumières.

IVe CLASSIFICATION.

GARANTIES POUR LE MAINTIEN DES COUTUMES FÉODALES.

—

Justices seigneuriales. — Guerres privées. — Réalité des coutumes.

Lorsque la féodalité s'appesantissait partout, elle devait naturellement, afin de protéger ses institutions dans leur ensemble et leurs variétés, se créer ou s'approprier une institution judiciaire qui fût la gardienne des coutumes. Cette institution devait réfléchir son caractère fondamental, la force : aussi la féodalité ne connut-elle d'abord qu'une procédure, les avenues du champ clos ; qu'un mode de jugement, le duel. — Quand le combat judiciaire fut abandonné, la justice seigneuriale, pour être fidèle à l'esprit de son origine, dut être locale, héréditaire et patrimoniale comme les fiefs : et en effet « le droit de justice accompa-

[1] Voir l'ouvrage si remarquable que notre ancien et honorable confrère au barreau de Bordeaux, M. Tessier, l'auteur du traité de la *Société d'acquêts*, a donné à la science : *Traité de la Dot*, t. II, p. 350 (édit. 1835).

« gna la féodalité ; ce fut un droit inhérent au fief même, un « droit nécessaire et lucratif qui en faisait partie. C'est de là « qu'est né le principe que les justices sont patrimoniales en « France ; elles sont devenues telles comme les fiefs et en même « temps que les fiefs ; dès que les seigneurs ont pu aliéner le fief, « ils ont pu aliéner la justice [1]. » Si ces deux choses se sont suivies dans l'ordre primitif, elles se sont cependant distinguées par la suite : dès le treizième siècle et du temps de saint Louis, la justice était quelquefois séparée du fief [2]; et le droit coutumier a fini par admettre la maxime que « autre chose est le fief, autre chose est la justice, ou fief et justice n'ont rien de commun [3]. » Mais cette différence était dans la circonscription du territoire, dans la distinction des seigneurs auxquels on devait rendre hommage, à l'un pour le fief, à l'autre pour la justice ; à l'un du fief et de la terre et à l'autre de la voirie, disent les Établissements [4]; elle a été le résultat de plusieurs causes que Montesquieu et Hervé ont cherché à pénétrer [5]. Quelle qu'en soit la cause réelle, la distinction s'est faite entre le fief et la justice sans altérer ni le régime féodal ni le caractère primitif des justices seigneuriales, qui étaient essentiellement conservatrices des coutumes [6].

Dans les premiers temps, la féodalité tirait de son principe une autre garantie bien funeste : c'était l'habitude des guerres privées. La force, agissant en dehors de chaque centre particulier, empêchait que les coutumes d'une seigneurie ne vinssent envahir une seigneurie voisine ; l'un des éléments de la féodalité,

[1] Hervé, *Théorie des Matières féodales et censuelles* (1786) (le premier volume est très-remarquable), I, 256 et suiv. Voir, sur l'union *primitive* du fief et de la justice, mon *Histoire du droit*, tome IV, p. 96.

[2] *Établissements*, tit. I, ch. III. — Voir aussi Hervé, 359.

[3] Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 1, *Glos.* 5, n° 45 ; Furgole, *Franc-Alleu*, p. 113.

[4] *Voirie*, dans la langue des Établissements, signifie *justice*.

[5] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. XXVII ; Hervé, t. I, 259.

[6] P. de Fontaine, *Conseil à un ami*, ch. II : « De riens n'aquerras-tu « tant leur amour, come de garder leurs coustumes et d'ans defendre ke « tort on ne leur fache. »

l'isolement, avait ainsi sa garantie armée : le principe même de la féodalité, après s'être exercé dans l'intérieur de la possession territoriale, se manifestait au dehors et défendait ses limites. Mais les guerres privées, aliment des passions barbares, fléau du moyen âge jusqu'à la fin du onzième siècle, cessèrent sous l'entraînement religieux des croisades. Un chroniqueur du temps a peint d'un seul mot l'effet produit par la première croisade, emportant les populations armées vers l'Orient : « il se fit tout à coup en « Europe un grand silence..... »

Les coutumes trouvèrent en elles-mêmes une garantie plus vraie, plus juridique de leur durée, et qui devint un principe permanent, nous voulons parler de leur caractère de *réalité*, comme lois territoriales : l'appréciation de ce caractère est nécessaire à l'ensemble des principes constitutifs du droit coutumier.

La féodalité avait fait disparaître les lois purement personnelles des Germains ; elle avait assis son empire sur la terre, elle s'était immobilisée ; elle avait mis les rapports *réels* à la place des rapports *personnels* et subordonné les seconds aux premiers. Sa loi caractéristique, comme nous l'avons vu, était la prédominance de la réalité sur la personnalité. Les coutumes, issues de la féodalité, ont dû subir ce caractère, et c'est ce qui est arrivé : partout *les coutumes étaient réelles* [1] ; l'expression d'un fait général était devenue un axiome de droit. Les coutumes se sont emparées des personnes domiciliées sur leur territoire et ont déterminé par la loi du domicile leur *capacité* ou *incapacité*, autrement dit, leur état.

La personne abandonnant son domicile et allant s'établir sur le territoire d'une autre coutume, subissait une autre loi qui réglait spécialement sa capacité ou son incapacité. En matière de conventions matrimoniales seulement, le domicile du mariage était immuable, mais il ne l'était que par rapport aux contractants

[1] Loysel et Laurière, *Inst. cout.*, liv. II, art. 4, p. 346.

et non lorsqu'il s'agissait de l'intérêt des tiers [1]. — En règle générale, la personne était donc sous la loi du territoire dès qu'elle l'habitait; elle ne pouvait pas, en alléguant des usages différents, mêler une loi étrangère à la loi territoriale. Par exemple, le statut qui mettait la femme sous la puissance de son mari était du nombre de ceux qui dépendaient absolument de l'habitation actuelle et qui n'affectaient les personnes que pendant la durée de leur domicile dans l'étendue du statut. Par le changement du domicile conjugal, la femme pouvait cesser d'être sous l'autorité de son mari, et, par le retour au premier domicile, retomber sous cette autorité [2]. La personne changeant de domicile, changeait de condition; elle était soumise à l'action de la réalité [3].

D'un autre côté, les coutumes regardaient la destination et la transmission des propriétés immobilières comme leur objet essentiel [4]. — Filles de la féodalité, elles s'attachaient à la terre comme à leur principe de vie. Chacune a donc dû régler, exclusivement aux autres, la transmission des héritages par succession légitime, par donation, par testament, afin que la constitution réelle de la famille, par elle reconnue, ne fût pas renversée. Les personnes, à l'égard de cette transmission, étaient soumises à la loi de la terre; la loi du domicile de la personne s'effaçait devant la loi de la situation des immeubles : la réalité dominait encore la personnalité.

La théorie des Statuts réels et personnels a divisé Dumoulin et d'Argentré, Boullenois et le président Bouhier; Prévôt de la Jannès a essayé de l'éclairer d'une lumière purement rationnelle [5].

[1] Voir Guy-Coquille, *sur la Cout. de Nivernais*, tome II, p. 238.

[2] Boullenois, t. II, p. 13; Merlin, *Rép. add.*, t. XVI, p. 228.

[3] La dotalité en pays de droit écrit constituait pour les immeubles un statut réel. (Tessier, *Dot*, I, 456.)

[4] Boullenois, t. I, p. 42.

[5] *Dissertation* mise en tête du premier volume de ses *Principes de Jurisprudence*. Boullenois, t. I, p. 33, critique un des membres de sa division fondamentale, celui relatif à la forme des actes.

En examinant bien la base de ces controverses, on voit que la théorie des anciens jurisconsultes repose sur le principe même de la féodalité, l'empire de la terre sur l'homme ; seulement ce principe doit être dégagé de l'obscurité des définitions et des divisions; et il faut réduire ainsi à leur plus simple expression les statuts réels et personnels, d'après le droit coutumier.

Pour la capacité ou l'incapacité de contracter, de faire les actes de la vie civile, la personne a été soumise à la coutume de son domicile actuel; cette loi était dite alors *Statut personnel*. — Pour le droit actif de transmettre la terre à titre gratuit, et le droit passif de succéder, de recevoir, la personne était soumise à la coutume dans l'étendue de laquelle était situé l'immeuble; cette loi de situation était dite *Statut réel*. Ainsi, la loi du domicile, c'est le statut personnel ; la loi de la situation, c'est le statut réel : les subdivisions faites par les théoriciens viennent toutes se classer sous la loi du domicile ou sous la loi de la situation [1]. — Or, dans l'un et l'autre statut, le droit de la personne dans les coutumes est subordonné au droit de la terre, la condition personnelle est attachée à la loi réelle.

Deux différences seulement dans les conséquences doivent être remarquées :

1° Dans la sujétion naissant de la loi du domicile personnel, il y avait mutabilité; en changeant de domicile, on changeait de loi; le statut personnel était mobile comme la destinée de l'homme. — Dans la sujétion naissant de la situation de l'objet, il y avait immutabilité; le statut réel était immuable comme le sol dont il disposait souverainement.

2° Dans le premier cas, la capacité de la personne étant fixée par le domicile actuel, les actes exercés dans cette sphère de capacité produisaient leurs effets, en quelque lieu que les biens

[1] Les statuts *mixtes* de d'Argentré, les statuts *personnels-réels* de Boullenois s'occupent de la *personne*, mais ils s'appliquent seulement aux biens situés dans les limites de la coutume; ils rentrent donc dans le statut *réel*. — Le *statut personnel*, dans notre droit moderne, suit la *personne en tous lieux*. (Code Nap., art. 3.) C'est l'émancipation sociale.

fussent situés[1]; alors la coutume de la *situation* cédait à la coutume du *domicile*. — Dans le second cas, au contraire, le statut ayant en vue spécialement la transmission de l'immeuble, l'ordre successif, la constitution de la richesse territoriale dans les familles, le statut imposait sa loi à la personne, quelle que fût d'ailleurs celle de son domicile : alors la coutume du *domicile* cédait à la coutume de la *situation*. Dans ce conflit de *réalité*, il y avait ainsi, de la part des coutumes, concession réciproque; mais la base primitive et commune était toujours la domination de la terre sur l'homme.

Les coutumes, sous le double rapport de la *capacité de la personne* et de la *destination des biens*, n'avaient fait que traduire cette loi de la féodalité, formulée plus haut : la prédominance de la réalité sur la personnalité, de la terre sur l'homme, et (pour y ajouter la formule philosophique) du principe *matériel* sur le principe libre et spirituel. Le droit féodal représentait le principe matériel, l'isolement local, comme le droit romain et le christianisme représentaient le principe contraire par leur spiritualisme social et leur mouvement civilisateur.

§ III. — CARACTÈRES HISTORIQUES ET NÉCESSAIRES DE LA LUTTE CONTRE LES COUTUMES FÉODALES.

Pour engager et soutenir la lutte avec succès contre le droit civil de la féodalité, il fallait accomplir deux conditions : il fallait, en premier lieu, attaquer et détruire la juridiction féodale, l'usage du duel et des guerres privées, le caractère réel et exclusif de chaque coutume, et renverser ainsi toutes les ga-

[1] Ainsi, la femme mariée, ayant, par la loi de son domicile, le droit d'aliéner ses biens sans l'autorisation de son mari, pouvait vendre efficacement des biens situés hors du territoire de la coutume, et dans un lieu où cette vente n'aurait pas été permise à la femme domiciliée. (Merlin, t. XVI, p. 228.)

ranties d'isolement que la féodalité avait données à ses coutumes.

Il fallait, en second lieu, attaquer et détruire la distinction féodale des personnes et des choses, ses nombreuses ramifications, les institutions de famille et des droits accessoires qui tenaient directement à cette classification fondamentale ; il fallait par conséquent lutter contre la féodalité tout entière.

Dans ce combat de la société contre la féodalité politique et civile, le droit canonique, les ordonnances des rois, le droit romain ont réuni leurs forces. Le spiritualisme des chrétiens et des jurisconsultes a travaillé, pendant des siècles, à pénétrer et transformer l'élément matériel et barbare, couche épaisse et féconde dont la Providence avait couvert la surface de l'Europe pour la renouveler et rouvrir ensuite son sein aux semences de l'avenir.

La société humaine a, comme le globe, sa loi de superposition. En vertu de cette loi suprême, les hommes et les idées viennent en leur temps former les couches variées et successives de la civilisation. Dans les révolutions du globe, retrouvées par le génie de Cuvier, l'homme est absent ; dans les révolutions sociales de l'humanité, l'homme est l'élément nécessaire et toujours présent : être intelligent et libre, être doué d'une nature progressive, il ne périt pas au milieu des grandes catastrophes de la société; il leur survit, au contraire, pour les étudier, les comprendre, et par l'étude du passé se préparer à l'avenir qu'il entrevoit. Au sein de ce mouvement qui pousse le passé vers le présent, le présent vers l'avenir, se développe avec lenteur, mais avec certitude, la loi de l'humanité : l'homme même qui méconnaît et qui nie cette loi divine est forcé de lui obéir, et dans cette contrainte providentielle, cependant, il ne perd pas son caractère sacré d'être libre. — Il est libre, en effet, d'aller sur cette terre à l'orient ou à l'occident, bien qu'il ne soit pas libre d'empêcher le globe terrestre de tourner sur lui-même et de concourir par une marche réglée à l'harmonie de l'univers. Cette liberté et cette nécessité qui s'allient dans la vie extérieure, elles

s'allient aussi dans l'ordre moral et social. L'homme peut, par sa pensée, se reporter dans le passé, vivre de ses souvenirs et les projeter en espérances dans l'avenir qui s'ouvre devant lui ; mais le cours des réalités l'entraîne; et la loi providentielle subsiste toujours active au centre de la sphère sociale. Dans son culte pour les choses antiques, l'homme se sert d'abord de formes rajeunies; puis la chose elle-même finit par se trouver tellement modifiée dans son esprit, par l'effet d'un progrès lent et caché, mais irrésistible, qu'un jour, lui et ses semblables sont pris d'un grand étonnement en présence de cette merveilleuse transfiguration.

Nous allons voir la société du moyen âge s'engager dans une carrière de lutte et de civilisation : le droit canonique, les ordonnances, le droit romain vont combattre la féodalité, mais les vues et la part de chacun dans la lutte ne seront pas égales.

Le droit canonique s'est promptement retiré; — il a voulu s'isoler pour régner à son tour; et les ordonnances, le droit romain, d'abord ses alliés, ont eu bientôt à se roidir contre lui.

Les ordonnances, animées de l'esprit progressif, étaient obligées de se plier aux situations, aux accidents de l'état social; aussi ne touchent-elles qu'à un certain nombre de matières civiles, et parfois elles tombent dans de funestes anomalies.

Le droit romain seul, après avoir traversé des formes différentes, après avoir dispensé ses inspirations à ses auxiliaires, conservait encore toute son énergie contre le droit né des coutumes féodales ; sa mission était et plus libre et plus large : « Les juris-« consultes romains ne s'étaient pas arrêtés à des usages particu-« liers, a dit très-bien Lemaistre [1], mais à la justice générale : ils

[1] Nous avons cité Lemaistre avec complaisance, parce que cet avocat célèbre, devenu l'un des solitaires de Port-Royal, réunit en lui l'école rationnelle du droit et l'école rationnelle du catholicisme : chez lui, le jurisconsulte coutumier s'alimente du droit romain, comme le chrétien se nourrit de la foi éclairée de Port-Royal.

« avaient écrit la *raison civile* de tous les états ; » et les jurisconsultes français, en se formant à leur école, s'associèrent puissamment à ce mouvement scientifique.

Le Droit, de l'École romaine et française d'Ulpien et de Cujas, de Dumoulin et de Pothier, de Domat et de d'Aguesseau, de Portalis et de Tronchet, ne devait s'arrêter dans sa vie militante que lorsque, s'étant assimilé ce que les coutumes et la jurisprudence pouvaient renfermer de conforme à sa nature, il aurait entièrement pénétré la société de son principe rationnel : alors il a pu dépouiller son nom antique et distinctif; et, dans sa transformation nouvelle épuré par la science et la civilisation modernes, il a pu s'appeler le Droit civil français. Mais il lui a fallu plus de cinq cents ans, depuis sa renaissance, pour vivifier ainsi la société et pour se rajeunir lui-même par une féconde association dans un Code qui, à l'entrée du dix-neuvième siècle, a résumé les progrès de la société civile.

FIN DU LIVRE TROISIÈME.

LIVRE QUATRIÈME

DROIT CANONIQUE

§ Ier. — DISTINCTION DES ÉLÉMENTS DU CATHOLICISME ET DU DROIT CANONIQUE AU MOYEN AGE.

Le catholicisme, au moyen âge, renfermait dans son vaste sein les principes de trois sociétés bien distinctes :

De la société purement spirituelle ;

De la société ecclésiastique ;

De la société temporelle.

Considérée comme religion ou société purement spirituelle, l'Église catholique avait pour lois l'Évangile, les canons des conciles œcuméniques, les maximes des Pères de l'Église et des premiers papes sur la foi, les mœurs et la discipline.

Considérée comme société ecclésiastique, elle avait son droit politique, sa juridiction et son droit civil sous le nom particulier de Droit canonique.

Considérée dans ses rapports extérieurs pour les biens temporels, elle participait au régime de la société féodale ; elle recevait à titre de fiefs, elle inféodait directement ou par reprise ; elle possédait des serfs nombreux, elle avait de nombreux censitaires;

elle entrait ainsi dans l'organisation hiérarchique et matérielle qui enveloppait l'Europe : seigneurs ou vassaux, les évêques et les abbés des monastères se soumettaient aux devoirs et exerçaient les droits résultant de la féodalité.

La situation de l'Église catholique était donc compliquée en Occident : l'élément civilisateur se trouvait dans la société spirituelle; l'élément matériel ou féodal, dans les rapports du clergé comme propriétaire. Le droit canonique, qui représentait la société ecclésiastique, participait des deux éléments opposés : ce qu'il avait de bon, de progressif, tenait à l'esprit du christianisme et aux idées du droit romain qu'il s'était appropriées sous plusieurs titres et dans un grand nombre de dispositions; ce qu'il avait de contraire au progrès de la civilisation tenait à l'esprit dominateur du régime féodal. — De là vient qu'après avoir servi la cause de la civilisation en attaquant l'un des côtés de la féodalité, le Droit canonique est devenu lui-même un obstacle contre lequel la société moderne a dû réunir ses forces.

§ 2. — ORIGINE ET PROGRÈS DE LA JURIDICTION TEMPORELLE.

Pendant les sept premiers siècles de l'ère chrétienne, l'Église ne connaissait que les lois fondamentales de la société spirituelle, les Évangiles, les Actes des apôtres, les canons des quatre conciles œcuméniques, ceux du concile de Sardique sur la suprématie du Siége de Rome; la tradition y avait ajouté des monuments moins authentiques sous le titre de *canons et constitutions apostoliques*, lesquels formaient des règles attribuées aux hommes de la révélation[1] : l'Église restait étrangère à tout exercice de pouvoir extérieur.

Une loi d'Arcadius et Honorius de l'an 398, qui fut confirmée par des lois semblables de Justinien, autorisait en toute cause l'*ar-*

[1] Ils ont été attribués au pape saint Clément, mais plusieurs ont été rejetés comme apocryphes; la collection reçue généralement, celle de Denis le Petit, contenait cinquante canons apostoliques. (V. mon t. III, p. 437.)

bitrage des évêques, avec le consentement des *deux parties* intéressées [1] : mais, il se trouva dans les manuscrits du code de Théodose, et sans qu'on puisse préciser l'époque de l'insertion, une loi de Constantin qui voulait que l'arbitrage des évêques *fût forcé*, du moment où *l'une* des parties seulement le proposait. Cette loi de l'an 331 a été publiée par le père Sirmond en 1631, comme un appendice au code Théodosien, d'après d'anciens manuscrits. La critique moderne, à partir du dix-septième siècle, s'en est vivement émue. Le savant J. Godefroy en a soutenu la fausseté; Selden, Janus-a-Costa, Hévin ont repoussé l'idée de supposition [2]; et de nos jours le savant Hœnel, qui a retrouvé la loi de Constantin dans un manuscrit du huitième siècle, en a démontré l'authenticité [3]. Cette loi de Constantin ne fut pas insérée dans le code d'Alaric, qui recueillit seulement la constitution d'Arcadius et Honorius sur l'arbitrage purement volontaire des évêques; et l'interprétation qui accompagne les constitutions dans le code d'Alaric déclarait que « l'évêque, par les lois, n'avait pas de tribunal, *forum legibus non habere.* » Mais les évêques, admis aux conseils de Charlemagne, insérèrent la loi de Constantin au chapitre 291 des Capitulaires, et la rendirent exécutoire : tel fut le germe de la juridiction *temporelle* des évêques [4].

A peu près à la même époque, vers la fin du huitième siècle, il vint d'Espagne un recueil de *Décrétales* qui, à la faveur du nom d'Isidore, rendu célèbre par la vie de saint Isidore de Séville, fut reçu généralement comme recueil authentique des lois de l'Église; et pendant trois cents ans, ces Décrétales, depuis re-

[1] *Cod. Just.*, I, IV, 7, 8.

[2] Voir mon *Histoire du Droit*, tome II, *époque gallo-romaine*, p. 621.

[3] *Novellæ Constitutiones*, à la suite de l'édition du *Code Théodosien, Dissertation d'Hœnel* (Leipsick, 1844). — (Mon tome II, p. 622.)

[4] L'abbé Angesise ne l'avait pas insérée dans sa collection des Capitulaires; c'est Benedictus Levita qui l'a comprise dans son *Recueil des Capitulaires*, liv. VI, art. 356. — Cette collection était formée d'éléments pris de toutes parts, mais acceptée au moyen âge pour authentique et vraie. Voir mon tome IV, p. 434 et 476.

connues fausses, ont exercé un pouvoir absolu sur le gouvernement ecclésiastique. — Le principal but des fausses décrétales d'Isidore (*mercator* ou *peccator*) était de fonder la juridiction universelle du pontife de Rome, en affaiblissant l'autorité des conciles provinciaux et des métropolitains; de rendre l'Église, les évêques et généralement tous les clercs indépendants du pouvoir des princes et de la juridiction laïque.

Cette fausse législation fut consolidée par les circonstances qui l'entourèrent, et trouva les causes de son succès dans la situation même de la société religieuse, politique et civile.

Le clergé, qui d'abord n'avait pas voulu recevoir les barbares dans ses rangs, les y avait admis dans le septième siècle. Ces prêtres nouveaux portèrent dans l'Église leurs mœurs et leur esprit belliqueux. Les évêques acceptèrent des bénéfices et des fiefs à charge de foi et hommage et de services militaires; ils devinrent des seigneurs temporels comme les barons : ils étaient des seigneurs puissants et par eux-mêmes et par les biens de l'Église qu'ils représentaient. — Sous la deuxième race et les premiers rois de la troisième, l'Église avait la pleine faculté de recevoir des donations, de posséder et d'acquérir des terres ; ces biens n'étaient point divisés dans chaque diocèse, mais ils restaient sous la main de l'évêque, qui les faisait régir; et c'est depuis le onzième siècle seulement qu'ils ont été partagés et que les bénéfices ecclésiastiques sont nés de leur partage. Ces richesses territoriales entraînaient à leur suite des discussions, des luttes d'intérêts : il fallait des juges; où les prendre sinon dans l'Église elle-même, et à la tête de l'Église?

Les fausses décrétales, qui confondaient dans la personne du pape et des évêques les puissances spirituelle et temporelle, trouvèrent donc la société dans un état propre à assurer leur empire ; elles passèrent, en grand nombre, dans les Capitulaires. L'auteur d'un recueil de faux capitulaires, pris pour vrais, Benedictus Levita, eut l'habileté de placer sous le grand nom de Charlemagne, la sanction laïque et impériale, à côté de la sanction ecclésiastique,

et de contraindre les officiers royaux à faire exécuter l'excommunication contre les laïques [1]. La juridiction ecclésiastique se répandit promptement; les appellations directes au pape furent exercées par les évêques, les clercs, même les simples particuliers. Toute personne qui se disait injustement poursuivie pouvait invoquer sa justice et sa loi. La féodalité si oppressive dans ses actes trouvait là une barrière. L'idée de justice sociale était représentée par le Saint-Siége. Au milieu de l'anarchie féodale les métropolitains, les évêques, avaient beaucoup perdu de leur autorité auprès des peuples; les conciles provinciaux, qui avaient élevé si haut l'épiscopat des Gaules dans les premiers siècles, ne pouvaient plus se réunir que rarement. La voix du pontife romain était seule entendue au-dessus de la confusion générale. C'est elle qui suspendait les débordements de la force, qui enlevait la moitié de la semaine à la fureur des guerres privées. Ce pouvoir mystérieux et protecteur du Saint-Siége avait grandi de l'affaiblissement du pouvoir épiscopal; et c'est au onzième siècle, en 1076, que Grégoire VII ordonna que le pontife de Rome prendrait exclusivement le titre de PAPE, titre qui d'abord avait été commun à tous les évêques [2].

Le droit canonique prit une importance toujours croissante et se répandit à la faveur de la puissance des papes : malgré les obstacles que le système féodal lui opposait par son principe de force et d'isolement, il se développait par degrés comme loi extérieure du catholicisme. La lutte contre l'empire germanique, aux onzième et douzième siècles, fut le duel terrible de Rome contre la féodalité [3]; et le principe catholique ayant vaincu dans cette grande épreuve, le droit canonique aspira plus que jamais à fon-

[1] Voir mon *Histoire du Droit, Fausses Décrétales* et *Faux Capitulaires*, tome III, liv. IV, c. IX, p. 436, 475.

[2] Fra Paolo, *Traité des Bénéfices*, p. 78.

[3] Il faut voir l'histoire de cette lutte dans l'*Histoire de France*, par M. Michelet, t. II, ch. III; c'est le fils de l'empereur Henri IV, le grand antagoniste de Grégoire VII, qui succomba dans la lutte, et qui fut dépouillé de tout, même des honneurs de la sépulture.

der la théocratie, dans l'ordre politique et dans l'ordre judiciaire.

Longtemps avant cette lutte suprême, le pouvoir ecclésiastique avait réclamé ou exercé le droit de couronner ou de déposer les rois, de jeter l'interdit sur leurs royaumes, de délier les sujets du serment de fidélité. Les peuples et les princes reconnurent d'abord cette haute suprématie; et, dans sa requête au concile de Savonnière (en 859), Charles le Chauve cherchait à détourner de sa tête ce droit redoutable, et non à le contester. Hildebrand organisa la théocratie politique et judiciaire, instituée ou en germe dans les Décrétales; il donna pour sanction à la théocratie politique la ruine ou l'ébranlement de l'empire d'Allemagne; et la doctrine du moyen âge, sur la suprématie de juridiction à l'égard des couronnes, s'est personnifiée en lui sous le grand nom de Grégoire VII. — Pour généraliser dans la doctrine, et appliquer aussi partout la théocratie judiciaire, il écrivait aux évêques, dans ses bulles d'excommunication contre l'empereur Henri IV, en 1080 : « Puisque vous êtes les juges naturels du spirituel, à plus forte « raison devez-vous l'être du temporel : *Si enim spirituales ju-* « *dicatis, quid de sæcularibus non posse credendum est*[1] ? » C'était pour lui une conséquence du plus au moins; et l'un de ses successeurs, Boniface VIII, fameux dans ses querelles avec Philippe le Bel, disait « qu'il était de foi essentielle au salut que toute « créature humaine était soumise au souverain pontife : *Porro* « *subesse pontifici omnem humanam creaturam declaramus,* « *dicimus, et pronuntiamus, omnino esse de necessitate salu-* « *tis*[2]. »

[1] *Agite nunc quasi patres et principes sanctissimi ut omnis mundus intelligat et cognoscat quia si potestis in cœlo ligare et solvere, potestis in terra imperia, regna, principatus, ducatus, marquionatus, comitatus et omnium hominum possessiones pro meritis unicuique tollere et concedere; si enim spirituales judicatis, quid de sæcularibus non posse credendum est?* (Labbei Acta concil., t. X, p. 383.)

[2] Différend de Boniface VIII et de Philippe le Bel. (Recueil de Dupuy, preuves, p. 14.)

§ 3. — DIVISION DE LA JURIDICTION ECCLÉSIASTIQUE EN DEUX PÉRIODES.

La maxime qui a fini par s'établir en France, « l'Église est dans l'État, et non l'État est dans l'Église, » a été, dans l'histoire des deux puissances spirituelle et temporelle, le résultat d'une longue lutte. Pour arracher à la féodalité l'empire qu'elle avait usurpé, l'Église catholique se présentait comme une divine protectrice, et le droit canonique mettait *l'État dans l'Église*. Quand la société civile ou l'État eut acquis des forces suffisantes, les ordonnances royales et le droit romain mirent ensuite, par leur lutte contre la juridiction ecclésiastique, *l'Église dans l'État*. Nous ne devons pas aujourd'hui partager le préjugé des canonistes et des historiens de l'ancienne monarchie : ils écrivaient encore sous l'impression des idées que cette guerre des deux pouvoirs avait laissées dans les esprits. Dans les quinzième et seizième siècles, la juridiction ecclésiastique ne faisait plus rien pour le développement de la société ; n'étant plus en rapport avec son progrès, elle n'était qu'oppressive; et elle avait hérité de la haine dont était chargée, avant elle, la justice seigneuriale. Mais lorsqu'elle naquit, lorsqu'elle se propagea sur la surface de l'Europe, elle était un bienfait pour les peuples; elle protestait contre la force et le hasard érigés en jugement de Dieu ; elle donnait et mettait en action les premières idées de justice sociale. Elle a donc deux périodes bien distinctes et que la philosophie de l'histoire doit marquer : sa période d'accroissement du neuvième au treizième siècle, et sa période de décroissance, qui commence à l'institution des appels comme d'abus, créés sous Philippe de Valois, en 1329. Dans la première époque la juridiction ecclésiastique est un élément de civilisation qui protége le droit contre l'état social de la féodalité. Dans la seconde, elle est un obstacle contre lequel se soulèvent les puissances nouvelles de la société civile.

C'est sous ce double rapport que nous devons l'envisager.

Ire Période. — Période d'accroissement.

N° Ier. — Lutte contre la juridiction féodale.

Le droit romain avait déposé son germe civilisateur dans le droit ecclésiastique. Les fausses décrétales d'Isidore contenaient plusieurs lois des empereurs, sans indiquer leur source. La matière des contrats et du mariage, principalement, était dominée par les idées romaines, dont le pouvoir se maintenait par cette influence occulte : ne pouvant encore reparaître utilement sous son nom propre, le droit romain agissait ainsi sous l'enveloppe du droit canonique. Les droits de juridiction, comme tous les autres droits régaliens, avaient été usurpés par les seigneurs; la féodalité avait une procédure en rapport avec son principe : le combat singulier. Au moment où se fit l'émancipation des serfs et des communes, la juridiction royale n'était pas assez forte pour attirer à elle les justiciables des seigneurs. Les baillis établis par Philippe Auguste n'étaient que pour ses domaines. L'appel au roi, institué par saint Louis, ne produisit de grands effet qu'après lui, et vers la fin du treizième siècle; et cependant, à ce réveil d'émancipation qui agitait les hommes et les villes, on sentait le besoin d'une justice plus sociale que celle de la féodalité. Quelle garantie, en effet, pouvaient offrir dans leurs cours de justice, dans leurs *plaids*, des seigneurs illettrés, hommes ou femmes, juges par le droit de la terre; ou les inférieurs, non moins ignorants, auxquels ils abandonnaient les jugements par ennui ou par dédain?

L'ignorance était alors le partage commun des laïques faibles ou puissants. Les seuls *lettrés* de ces temps étaient les ecclésiastiques. Les tribunaux du pape, de l'évêque, de leurs délégués, présentaient donc l'image d'une justice plus indulgente et plus éclairée : plus indulgente, car l'Église défendait les peines de sang; plus éclairée, car les clercs avaient conservé quelque tradition des lois de Théodose et de Justinien emportées dans la tour-

mente des guerres privées. A la renaissance du droit romain, au douzième siècle, ce sont aussi les clercs qui s'élancèrent avec le plus d'ardeur vers l'étude nouvelle; et tel fut leur élan, que le pape Alexandre III, au concile de Tours de l'an 1163, se crut obligé de défendre aux moines de déserter les monastères pour prendre part à l'enseignement du droit civil [1]. Les papes Innocent III, Alexandre III et plusieurs autres papes des douzième et treizième siècles étaient des jurisconsultes célèbres; leur juridiction était un asile contre l'ignorance et la force aveugle de ces temps. Aussi la cour de Rome était devenue une sorte de cour de justice surchargée d'affaires civiles : saint Bernard la représente comme inondée de plaideurs, et il se demande si la majesté du Saint-Siége peut subsister au milieu de ces nuages de procédure.

N° II. — Recueil de Gratien. — Son influence. — Multiplication des tribunaux ecclésiastiques.

Un nouveau recueil de droit canonique avait été fait en 1150 par Gratien, simple moine de l'ordre des Bénédictins. Gratien avait emprunté des fausses décrétales le privilége des appellations au pape et l'immunité des clercs; il avait aussi déclaré les clercs non justiciables des tribunaux laïques, soit au *civil*, soit au *criminel*. Il traça l'ordre des procédures civiles et criminelles à suivre devant la juridiction ecclésiastique; ce mode fut adopté et suivi pendant trois cents ans.

Les tribunaux ecclésiastiques se multiplièrent sur tous les points et sous tous les noms : les *officiaux*, les *vice-gérants*, les *délégués*, les *subdélégués*, les *commissaires*, les *conservateurs*, couvrirent successivement la France de leur réseau judiciaire.

[1] Le pape s'était réfugié à Tours contre les persécutions de Frédéric Ier. Il défendit aux réguliers de sortir du couvent pour le droit et la médecine, « *ad legendas leges* et confectiones physicas ponderandas. » — Concile du 19 mai 1163. (Texte dans Hevin-sur-Frain, tome II, addit., p. 64.)

« C'est la vérité, dit Loyseau[1], qu'à succession de temps la « justice ecclésiastique s'est merveilleusement accrue en France. » Elle fut justice ordinaire et justice exceptionnelle.

L'institution des juges conservateurs, aux douzième et treizième siècles, rendit partout présent le pouvoir du pape. Le conservateur était le juge exceptionnel délégué par le pape pour protéger les personnes contre l'injustice et les violences; il était affranchi des formes judiciaires[2]. Il était choisi parmi les prélats, les dignitaires de l'Église, les chanoines des cathédrales; le pape pouvait donner aux ordres religieux le droit de se choisir leurs conservateurs dans une autre classe d'ecclésiastiques, et ces ordres étaient obligés d'en choisir dans un délai déterminé. Toute espèce de cause, réelle ou personnelle, rentrait dans la juridiction exceptionnelle des conservateurs qui étaient affectés aux personnes pour *les mettre à couvert d'outrages et de persécutions, les conserver et les maintenir dans la possession de leurs biens et de leurs droits*[3].

Les justices seigneuriales étaient désertées de toutes parts :

[1] Loyseau, *Seigneuries*, ch. xv, n° 55.

[2] *Conservator est judex delegatus, a papa datus, ad tuendum aliquos contra manifestas injurias seu violentias, judiciali non utens indagine.* — Barbosa, collectanea Doctorum ; Decretal. libri (1657); v° *de Offic. et Potest. Jud.* (Durand de Maillane, v° *Conservateur*).

[3] Innocent IV, qui vivait au treizième siècle, leur défendit d'étendre leur pouvoir au delà de l'objet de la délégation. — Le concile de Trente, qui restreignit aussi leur pouvoir (*Sess.* 14, ch. v), atteste que ces juges particuliers étaient affectés à ceux qui obtenaient des lettres de conservation « sous prétexte qu'on leur faisait divers torts et divers troubles *en leurs* « *biens, leurs affaires et leurs droits.* » — Les libertés de l'Église gallicane empêchèrent en France, sous l'influence des parlements, l'établissement des juges conservateurs; le roi seul pouvait en établir; c'est l'origine des *committimus* et des commissions *qui n'étaient pas justice.* — Les universités avaient spécialement des juges *conservateurs* de leurs droits et priviléges apostoliques et royaux : leur établissement remonte au douzième siècle. Les conservateurs apostoliques abusèrent de leurs pouvoirs et furent supprimés : la charge de conservateur des priviléges royaux fut réunie à celle du prévôt de Paris, par Philippe Auguste (Durand de Maillane, *loco cit.*).

les tribunaux ecclésiastiques avaient leurs avocats et défenseurs, leurs *avoués* et même *sous-avoués*, érigés en offices lucratifs, qui furent supprimés seulement au dix-septième siècle. Ils condamnaient aux dépens les parties qui perdaient leur procès; c'était un attrait de plus pour leur juridiction; car *en cour laye on n'accordait pas de dépens*[1]. Ce n'est qu'en 1324, sous Charles le Bel, que la condamnation des dépens fut pratiquée, et encore n'était-elle pas bien établie sous Philippe de Valois et Charles V, car il y a des ordonnances de ces rois qui ont pour objet de confirmer celles de Charles le Bel. Cette circonstance influa beaucoup alors sur les juges, les gens d'affaires et les plaideurs.

Les seigneurs ou leurs délégués, exerçant la justice gratuitement, furent moins jaloux des empiétements de la juridiction ecclésiastique. C'eût été seulement en matière criminelle et pour les amendes que les seigneurs auraient pu avoir un intérêt matériel à l'exercice de leur juridiction. Mais les amendes n'étaient pas encore pratiquées dans les cours seigneuriales; les compositions qui donnaient une part des *freda* aux juges, sous les deux premières races, n'étaient guère appropriées au régime féodal; elles avaient dû disparaître même en grande partie sous son empire; il devait y avoir lieu bien rarement à *composition :* des serfs et censitaires aux seigneurs, nulle composition n'était possible; du vassal au seigneur, il y aurait eu cas de félonie; des seigneurs aux seigneurs, il y avait combat judiciaire ou guerre privée.

La justice ecclésiastique, au contraire, retirant de forts émoluments des amendes, des confiscations et des autres sources lucratives des procès, fut animée du désir d'étendre sans cesse sa compétence. Les hommes d'affaires, *avoués* et *sous-avoués*, auxquels la justice ecclésiastique abandonnait le tiers des confiscations et amendes, dirigeaient naturellement les plaideurs vers cette juridiction privilégiée; et les plaideurs eux-mêmes qui avaient l'espoir des dépens, en cas de succès, avaient un motif de plus pour l'adopter.

[1] Loyseau, *Seigneuries*, ch. xv, n° 56.

N° III. — Extension du privilége clérical.

Aussi, à mesure que la société s'échappait des liens de la féodalité, tout le monde voulait participer au privilége *clérical* et se placer sous la juridiction ecclésiastique. L'Église n'était certainement pas avare de ses faveurs; il suffisait d'être clerc pour être son justiciable; et pour être clerc il n'était pas nécessaire d'entrer dans les ordres sacrés ou même dans les ordres *mineurs*, de renoncer au mariage et aux habitudes de la vie commune, il suffisait d'être *tonsuré* [1] : la tonsure imprimait le sceau sacré de la juridiction cléricale. Dans toutes les classes on se faisait tonsurer; il y avait des cabaretiers *clercs*, des bouchers *clercs* [2]. L'Église étendit le privilége personnel de la cléricature aux veuves, aux orphelins, aux pauvres, aux pèlerins. Au nombre même des moyens d'encouragement aux croisades s'était trouvé le droit pour les *croïsés* de n'être soumis qu'aux tribunaux ecclésiastiques [3]; enfin le privilége s'étendait jusqu'aux *lépreux* : preuve que l'esprit du christianisme trouvait encore le moyen de sanctifier cette sorte de théocratie judiciaire !

N° IV. — Extension de la compétence ecclésiastique à raison de la connexité des causes.

La juridiction ecclésiastique, dans les onzième, douzième, treizième siècles, n'avait pas seulement agrandi sa sphère en multipliant les juges et en vulgarisant le privilége de cléricature. Elle avait élargi encore le cercle de sa compétence en l'étendant à toutes les causes qui avaient quelque connexité avec les causes ecclésiastiques : par cette nouvelle loi d'attraction, elle tendait à tout absorber dans son vaste sein.

La naissance, le mariage, la mort sont les trois grandes époques de la vie civile; contracter, posséder, plaider, en rem-

[1] L'ordonnance de Roussillon, 1563, a réprimé l'*abus*.
[2] L'abbé Fleury, *Septième Discours sur l'Histoire ecclésiastique*.
[3] Ducange, v° *Crucis Privilegium*.

plissent les intervalles; par la doctrine absorbante de la *connexité*, toutes ces phases de la vie civile s'accomplissaient dans l'orbite ecclésiastique. L'entrée dans la vie se faisait sous les auspices du baptême, et ce qui tenait à la naissance, à la légitimité, à *l'état de la personne* tombait, par connexité avec le sacrement initiateur, dans la compétence de l'Église. — Le mariage aussi était un sacrement; il attirait comme dépendances la connaissance de la dot, du douaire, des conventions matrimoniales, de la validité ou nullité du mariage en lui-même, et même le jugement de l'adultère, puni comme infraction au sacrement. — Le chrétien devait mourir *chrétiennement;* son corps devait être laissé à l'Église pour sa sépulture : l'Église était l'exécutrice testamentaire du défunt, et, en cette qualité, elle était saisie de ses meubles pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Le testament avait dû être fait devant le curé; il devait contenir un legs pieux : si l'on ne remettait pas le testament, l'Église refusait d'enterrer les morts, ou le prêtre attendait un mandement de l'évêque; et souvent l'évêque confisquait les meubles [1]. — Les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt, demandaient à être autorisés à tester pour lui, *ad causas pias;* et ce n'est qu'au quinzième siècle, en 1409, qu'on trouve un arrêt du parlement qui enjoint à l'évêque d'Amiens et aux curés d'Abbeville de faire inhumer ceux qui meurent *ab intestat* [2].

Contracter, c'est promettre, c'est engager sa *foi*, et le serment était apposé par les notaires apostoliques et royaux à presque tous les contrats : or le serment est un acte essentiellement religieux; les contrats rentraient donc dans la compétence ecclésiastique par connexité.

Si un héritage était acquis en commun ou possédé par indivis

[1] Beaumanoir dit qu'il a vu de son temps, sous le règne de saint Louis et de Philippe le Hardi, « que de ceux qui mouraient sans testament, l'évêque « voulait avoir, *par confiscation*, les meubles; mais qu'il ne les emporta « pas par la coutume, et que la saisine en fut délivrée aux hoirs du mort...» (*Cout. de Beauvoisis*, ch. XV, p. 87).

[2] Baluzii *Not. ad Regin.*, p. 585. — Loysel, *Inst. Cout.*, p. 102.

entre plusieurs et qu'un seul des codétenteurs ou cohéritiers fût *clerc*, son privilége clérical entraînait les autres parties à sa juridiction, car le *privilégié attire l'inférieur.*

La juridiction ecclésiastique voulait terminer les procès commencés devant elle, et tous les incidents survenus dans un procès lui appartenaient sous le prétexte de la *reconvention* qui l'en rendait juge. — Tous les procès difficiles, quels qu'ils fussent, lui étaient dévolus, « car l'Église seule, disaient ses organes, « avait assez de lumière pour suppléer à l'insuffisance des lois. »

Une cause de connexité plus générale encore fut reçue : le juge ecclésiastique était seul compétent pour connaître du péché; mais dans tout procès, il y a de la part de l'un des contestants *injustice*, donc il y a *péché;* donc le juge du péché devait être, dans le système ecclésiastique, le juge du procès.

N° V. — Sanction des jugements des tribunaux ecclésiastiques.

Pour faire exécuter leurs jugements, les tribunaux ecclésiastiques avaient leurs officiers, leurs appariteurs; mais ils avaient besoin quelquefois du concours du juge séculier : l'Official l'obtenait par la menace des foudres d'excommunication. Celui qui résistait à une décision rendue contre lui par le juge ecclésiastique était excommunié. S'il vivait un an dans l'excommunication, ses biens devaient être saisis. Si le juge séculier mettait quelque obstacle à l'exécution de la saisie, il était lui-même, d'après les conciles des treizième et quatorzième siècles, frappé d'excommunication. Ainsi, la théocratie judiciaire avait son *interdit* comme la théocratie politique; l'excommunication était la sanction redoutée de ses jugements; et la tête du simple particulier ou du juge laïque devait se baisser sous la menace de la foudre sacrée, bien plus vite encore que les têtes portant couronnes ducales et royales.

Chose singulière, et qui prouve combien l'esprit humain est facile à s'aveugler : un jurisconsulte grave, de la première moitié du seizième siècle, Chassanée, commentateur de la coutume de

Bourgogne, a publié une consultation qu'il avait délivrée sur l'*excommunication des animaux*; elle concernait les insectes qui infestaient le territoire de Beaune; et le jurisconsulte, qui fut premier président du parlement de Provence, y disait : « toutes les « créatures sont soumises à Dieu, *auteur du droit canonique;* « les animaux sont donc soumis aux dispositions de ce droit[1] ! »

N° VI. — Résultat acquis à la civilisation.

Pendant la période que nous signalons, la juridiction ecclésiastique avait presque tout embrassé dans ses envahissements successifs : quel résultat en obtint la civilisation?

Le clergé, sous les deux premières races, avait reconnu la loi romaine, il en avait conservé la tradition; les fausses décrétales en avaient recueilli des lambeaux. Avant le décret de Gratien, qui parut au douzième siècle, il jugeait donc d'après cette tradition et les textes conservés ou transformés.

Le décret de Gratien fut enseigné dans les écoles en même temps que se réveillait l'étude du droit romain. Les clercs se portaient vers la science nouvelle avec d'autant plus d'avidité, qu'ils assuraient par elle la prédominance qui déjà leur était acquise dans les affaires humaines. Enfin, les nouvelles Décrétales de Grégoire IX[2], et toutes les collections qui étonnent par leur nombre[3], de Gratien à Jean XXII, dans une période de moins de deux cents ans[4], réfléchissaient avec plus ou moins de force l'esprit des lois de Justinien. Le bienfait du droit canonique fut donc de présenter l'image d'une justice réglée, de propager dans les relations sociales qui se formaient les premières notions de droit et de raison qu'il avait retenues ou empruntées des lois romaines, de concourir

[1] Consilia D. Bartholomæi a Chassanæo, Lyon, 1531.

[2] Les Décrétales, le Sexte, les Clémentines, les Extravagantes; les Extravagantes commencent en 1260 et vont jusqu'à 1483. Quelle inépuisable fécondité! comme elle prouve cette universalité que nous avons signalée dans la justice ecclésiastique!

[3] Publiées en 1234.

[4] Jean XXII, en 1325.

puissamment à extirper la procédure des duels judiciaires, tellement généralisée, qu'on ne connaissait même plus les épreuves germaniques de l'eau bouillante et du fer chaud; et enfin d'affaiblir les aspérités des coutumes bizarres que la féodalité avait enfantées dans le rayon de chaque fief dominant.

Mais là s'arrêta l'influence salutaire du droit canonique. Les distinctions corrélatives des personnes et des propriétés, le rapport de subordination de l'homme à la terre, le servage, le droit d'aubaine, les droits réels et personnels qui faisaient le fond des usages féodaux, le droit canonique n'y toucha pas. Pourquoi? — Parce que l'Église elle-même était propriétaire de fiefs, de droits seigneuriaux; que les évêques, les abbés, les monastères avaient des vassaux, des serfs, des censitaires, et qu'en certains cas la qualité de seigneurs temporels pouvait même voiler à leurs yeux des traditions abusives de la féodalité. On rougit des traces que l'on trouve encore, dans les annales des quinzième et seizième siècles, de ce contact des traditions féodales, sans qu'on puisse jamais imputer au catholicisme une approbation directe ou indirecte d'abus contraires à la morale [1].

Mais le droit canonique, qui s'arrêtait ainsi dans sa mission civilisatrice en présence de la féodalité civile, avait trouvé une matière inépuisable à ses statuts : c'étaient les dîmes et les bénéfices.

[1] Baluze (*Not. ad Regin.*, p. 585) rapporte un arrêt du parlement de Paris du 19 mars 1409, rendu sur la requête du procureur général et du maire d'Abbeville, en Ponthieu, défendant à l'évêque et aux curés d'Amiens *d'exiger de l'argent des nouveaux mariés pour leur donner congé de coucher avec leurs femmes, les première, deuxième et troisième nuits de leurs noces;* et Boerius, au seizième siècle, rapporte, comme témoin, un procès en appel qui eut lieu à Bourges devant le métropolitain; procès dans lequel un curé prétendait avoir droit, selon la coutume, *ex consuetudine*, aux premières faveurs de la jeune épouse, *primam habere carnalem sponsæ cognitionem*. Boerius, *Decis.* 297, n° 17, p. 207. Boyer, qui fut premier président au parlement de Bordeaux, est mort en 1539. — Il dit : *Vidi in curia Bituricensi coram metropolitano*, etc. — Voir mon tome V, p. 456, où j'examine la controverse sur le *droit du seigneur*.

N° VII. — Matières spéciales. — Dîmes et bénéfices.

La dîme était une institution d'origine purement humaine, qui avait changé des actes volontaires de charité publique et de libéralité individuelle en nécessité légale [1]. Les canonistes voulurent en faire un *droit divin ;* mais les jurisconsultes résistèrent à cette prétention des fausses doctrines, et la dîme ne fut naturalisée dans le droit ecclésiastique que comme une institution de droit positif. Le premier monument où la dîme ecclésiastique est réclamée, sous peine d'excommunication, comme une obligation générale pour les peuples chrétiens, est le concile de Mâcon de 585 : « Nous voulons que l'usage antique soit repris par les « fidèles, et que tout le peuple porte les dîmes aux ecclésiasti- « ques ; si quelqu'un est rebelle à nos très-salutaires statuts, qu'il « soit séparé pour toujours des membres de l'Église [2]. »

En 779, et en 813 encore, à la veille de sa mort, Charlemagne ordonna par un capitulaire l'exécution des décrets de l'Église touchant le payement des dîmes : « Que chacun (dit-il) donne sa « dîme, et qu'elle soit répartie par l'ordre de l'évêque [3]. » — C'est à l'évêque que Charlemagne confiait le droit de distribution ; et en effet, à cette époque, les biens ecclésiastiques, en général, étaient sous l'administration de l'évêque diocésain : il se faisait, sous sa surveillance, une distribution de revenus, mais les fonds n'étaient pas encore partagés. La coutume s'établit ensuite d'affecter la dîme aux églises paroissiales ; le clocher faisait le titre.

[1] C'est ce que dit Duaren, lib. VII, *de sacra Eccles. Minist.*, ch. I : « *Inveterata consuetudo Ecclesiæ et variæ constitutiones, ea de re promulgatæ, meram libertatem in necessitatem converterunt.* »

[2] « *Statuimus ut mos antiquus a fidelibus reparetur et decimas ecclesiasticis... populus omnis inferat... Si quis autem contumax nostris « statutis saluberrimis fuerit, a membris Ecclesiæ omni tempore separetur.* » (5° *Can.*, Concil. Matisconens., ann. 585; Sirmond, Concil. Galliæ, I, p. 384.

[3] *Capitul.*, 779, art. 7, — 813-7. « *Ut unusquisque suam decimam donet atque per jussionem episcopi dispenset.* » (*Capit.*, lib. V, art. 45 additio quarta.)

Cependant les évêques en réservaient une partie pour eux et pour les prêtres de leur cathédrale formant le *chapitre*. Ils attribuèrent en outre des dîmes aux monastères, à la charge de mettre dans la cure un vicaire auquel le monastère assignait une portion de la dîme. Quand ils appelaient auprès d'eux, dans leurs cathédrales, des prêtres de la campagne, directeurs d'une paroisse, ceux-ci se faisaient aussi remplacer par des vicaires, qui avaient alors une portion de la dîme; mais les curés *primitifs* et non résidants en percevaient toujours la plus grande partie. La prétention de leurs successeurs, qui s'appelèrent encore *curés primitifs*, engendra, dans la suite, d'interminables discussions sur la portion de dîme abandonnée aux vicaires, desservants ou curés secondaires, portion destinée à subvenir aux premiers besoins de la paroisse, et si connue, dans la jurisprudence canonique, sous le nom de *portion congrue*.

Les dîmes s'étendaient sur la généralité des terres; mais plusieurs abbayes en firent exempter leurs possessions, sans renoncer toutefois à exercer leur droit de dîme sur les terres d'autrui. Des propriétaires laïques cherchèrent aussi à s'affranchir; et les priviléges d'exemption furent encore l'objet de nombreuses difficultés.

Les évêques, les curés, les monastères, comme on l'a rapporté au livre du Droit coutumier, cédèrent beaucoup de dîmes à titre de fief, du dixième au douzième siècle, pour acquérir des protecteurs; et probablement aussi, selon Pasquier [1], pour exciter le zèle des fidèles en faveur des premières croisades. Mais la dîme inféodée fut considérée toujours comme étant d'origine ecclésiastique, et elle fut soumise subsidiairement à la *portion congrue*.

La dîme, soit ecclésiastique, soit inféodée, était une source abondante de richesses, de procès; et le droit canonique a enfanté une foule de traités et de décisions sur ce sujet [2].

[1] Pasquier, *Recherches*, liv. III.

[2] On peut voir notamment le *Traité des dixmes* de Michel du Perray, édit. 1724; la *Théorie des Bénéfices*, par Fra Paolo Sarpi; le *Traité des portions congrues*, par Camus.

Passons aux bénéfices : ils naquirent du partage des biens ecclésiastiques.

Mais il faut jeter un coup d'œil sur les temps antérieurs.

Au troisième siècle de l'ère chrétienne, en 290, les lois de Dioclétien avaient défendu à toute communauté, *collegium*, de recevoir une hérédité, si elle n'en obtenait l'autorisation spéciale [1]. — Constantin permit aux églises, en l'année 321, et par une loi insérée au code de Théodose, de posséder des biens immeubles et de recevoir des héritages [2]; ces biens furent même exemptés des contributions publiques [3].

Les églises héritaient des biens des martyrs, des confesseurs et des exilés quand les véritables héritiers ne se présentaient pas. — Les Pères de l'Église virent bientôt que cette richesse territoriale, qui se développait rapidement, n'était pas un avantage pour le progrès du christianisme. Saint Jérôme disait déjà que l'Église était plus grande en richesse et en pouvoir, mais moins grande en vertus, *potentia quidem et divitiis major, sed virtutibus minor* [4]. — Saint Chrysostome se plaint du résultat et des embarras des possessions nouvelles ; saint Augustin répugnait aux acquisitions [5].

Le concile de Gangres du quatrième siècle arrêta que l'évêque seul et ceux auxquels il aurait commis le soin des revenus ecclésiastiques, pourraient recevoir et distribuer ce que l'on donnait aux églises [6].

Après l'invasion des barbares, il n'y avait nulle distinction entre les biens ecclésiastiques et les autres; on pouvait librement les vendre et les acheter; les églises mêmes se partageaient entre

[1] Lex VIII, *Cod. de Just.*, lib. VI, tit. XXIV. Si nullo speciali privilegio subnixum sit.

[2] L. IV, *Cod. Theod., de Episcop. et Eccl.*

[3] L. II, *Cod. Theod.*

[4] Hieros. *in vita Malchi.*

[5] Rich. Simon, sous le nom de Jér. Acosta, *Histoire des Progrès des Revenus ecclés.*, troisième édit., 1703.

[6] Concil. coll., t. II, p. 414, *Can.* 7-8 (entre l'an 325 et l'an 341).

les héritiers des acquéreurs (les anciens cartulaires sont pleins de ces contrats)[1]; les évêques étaient toujours les représentants des biens ecclésiastiques du diocèse.

Sous Charlemagne se multiplièrent les monastères; il était permis aux moines comme aux simples laïques de vendre et d'acquérir. On trouve dans les formules de Marculfe plusieurs actes de cession ou de donation en faveur des monastères; le donateur disposait *pro remedio animæ suæ, vel genitoris et genitricis suæ.* Les imprécations les plus violentes contre les héritiers qui voudraient en troubler les effets se trouvaient souvent jointes aux donations[2]. — Ceux qui embrassaient la vie monastique se donnaient avec tous leurs biens; ils héritaient encore de leurs parents, et dotaient de ces biens nouveaux leur asile d'adoption.

L'évêque recevait pour les églises du diocèse; l'abbé, élu par les moines, comme leur supérieur, recevait pour le monastère. Les abbés et les évêques étaient deux puissances rivales. Avant le rétablissement de la règle de Saint-Benoît dans l'ordre de Cluny, au dixième siècle[3], tous les moines étaient soumis à la direction spirituelle et à la juridiction de l'évêque; mais, depuis la réforme de saint Odon, un grand nombre de monastères se sont fait affranchir de la juridiction épiscopale, afin de relever directement du Saint-Siége. Les ordres monastiques, en se répandant partout, ne sont pas devenus seulement la milice des

[1] *Hist. des revenus ecclés.*, par Rich. Simon, p. 37.

[2] Nous en avons eu des exemples très-remarquables dans des extraits inédits du *Trésor de l'abbaye de Saint-Cybard d'Angoulême.* Ces notes, curieuses pour l'histoire de la riche et puissante abbaye et la vie sociale du moyen âge, furent recueillies, d'après les manuscrits, par notre ami, M. Adolphe Mourier, ancien élève de l'École normale, aujourd'hui recteur de l'Académie de Rennes.

[3] La maison de Cluny avait été fondée en 910 par l'abbé Bernon; saint Odon fut le réformateur qui fit revivre quelque discipline. La maison de Cluny ou *Clugni* fut mise sous la protection de saint Pierre et du pape; tous les monastères qui en dépendaient furent exempts de la juridiction épiscopale. (Voir Durand de Maillane, v° *Moine*, et l'*Hist. de l'Église gallicane*, par le père Longueval, jésuite, t. VIII, p. 254.)

papes, mais ils ont représenté dans l'Église la science et la doctrine capables d'éclairer et d'avertir quelquefois par les conseils d'un saint Bernard la puissance ultramontaine.

C'est vers la fin du onzième siècle, selon le témoignage unanime des historiens, et lorsque Grégoire VII aspirait du haut du Saint-Siége à la monarchie sur la chrétienté, que les bénéfices s'établirent par le partage des biens réunis sous l'administration des évêques. A chaque office ecclésiastique fut attaché un bénéfice. L'idée qui avait présidé à la division des bénéfices militaires présida à la division primitive des bénéfices ecclésiastiques. La terre de l'Église était donnée au prêtre à la charge d'un devoir, d'une fonction sacerdotale, comme le bien du fisc au fidèle, au comte, à la charge du service militaire ou d'une fonction administrative.

La cour de Rome, au moment de se constituer en Europe comme pouvoir gouvernemental, et de proclamer la suprématie temporelle de la tiare, renouvela l'exemple donné par les rois francs aux temps voisins de la conquête. Les chefs germains avaient distribué à leurs compagnons de victoire les terres envahies; de même, le chef du catholicisme, pour donner une base solide à sa puissance temporelle, distribua à ses milliers de coopérateurs les terres conquises sur la foi des peuples. L'Église du moyen âge ne fut donc pas seulement féodale en donnant et en recevant à titre de fief, mais elle constitua encore en son nom, par le moyen des bénéfices ecclésiastiques, une féodalité *sui generis*. — Nous verrons plus tard que, sous la monarchie absolue, le système des offices vint aussi, dans l'ordre administratif et judiciaire, réfléchir l'image du régime féodal. Tant il est vrai que la féodalité, en présence du christianisme et du droit romain, devait développer toutes les conditions d'un système complet de réaction! Tant il est vrai que c'était seulement après avoir épuisé toutes ses forces et montré sous toutes ses faces l'idée représentée par elle, qu'elle devait abandonner l'orbite où la société chrétienne accomplissait ses premières révolutions.

Le bénéfice était d'abord comme le fief attaché à une fonction; mais, comme le fief, il ne tarda pas à devenir un but isolé de possession, au lieu d'être un accessoire. La fonction ecclésiastique en fut détachée, et les bénéfices *simples*, ou sans fonction, furent distingués des bénéfices *ordinaires*. Les titres de bénéfices simples s'accumulèrent sur les mêmes têtes; et les *gros bénéficiers* vécurent dans l'opulence et l'oisiveté, tandis que le prêtre des campagnes, l'ouvrier de l'Évangile, vivait souvent à discrétion. « Dans les anciens canons, dit l'historien des revenus ecclésias-« tiques[1], on parlait d'ordination et de ministère, on ne parla « plus que de portion de bénéfices. »

Le droit canonique, dans ses rapports avec les dîmes et les bénéfices, devint une mer sans bords où s'entre-choquaient les décrétales de Grégoire IX et les ordonnances royales, les juridictions temporelles, les officialités et les parlements, les questions du *pétitoire* et celles du *possessoire*, les principes du droit civil et les maximes confuses des pratiques bénéficiales.

Tels sont, dans leur ensemble, les faits qui caractérisent la première période du droit canonique.

IIe *Période. — Période de décroissance.*

Le seul bien qui avait pu naître de la juridiction ecclésiastique avait été donné à la société pendant le cours de la première époque. Le droit canonique ne pouvait plus rien de progressif pour la civilisation. La société, en se développant, voulait secouer les langes qui avaient d'abord protégé sa faiblesse; elle se sentait la force et le besoin de marcher dans la carrière qui s'ouvrait devant elle. Mais le droit canonique regardait comme sa conquête légitime le domaine qu'il avait occupé longtemps, qu'il *avait fait sien*, pour ainsi dire, et il s'isola des autres éléments qui concouraient à l'émancipation sociale : vainqueur dans la sphère de la juridiction, il aspirait à s'y maintenir dans sa toute-puissance. Isoler et retenir sa conquête, c'était de la part du droit

[1] Acosta, *Hist. des Revenus eccl.*, p. 141.

canonique vouloir enchaîner la société civile à la suite de la juridiction ecclésiastique. Le savant Mornac disait, avec Tite Live, que, « dans l'ancienne Rome, toutes les choses sacrées, « publiques et privées étaient soumises à la puissance du pon- « tife; mais que les livres des Décrétales donnaient à nos pon- « tifes chrétiens un pouvoir bien plus étendu[1] : » de là sortit la lutte du quatorzième siècle.

N° I[er]. — Lutte des quatorzième et quinzième siècles contre la juridiction ecclésiastique. — Ses antécédents. — Appel comme d'abus. — Pierre de Cugnières. — Esprit des parlements et des gens du roi.

Cette lutte s'était annoncée, dans les temps antérieurs, par des symptômes expressifs.

Au douzième siècle, Arnaud de Bresse avait soutenu que les ecclésiastiques ne pouvaient posséder de biens en cette qualité; il avait été condamné par le deuxième concile de Latran (1139): il était venu six cents ans trop tôt.

En 1225, les barons et grands seigneurs s'assemblèrent pour délibérer sur les moyens d'arrêter les entreprises des gens d'église, mais la mort de Louis VIII suspendit tout. Dix ans après, ils se réunirent à Saint-Denis et écrivirent au pape une lettre ou remontrance, dans laquelle ils disaient que ces entreprises étaient devenues intolérables, *non possumus tolerare*. Saint Louis, jeune encore, les appuyait, en 1236, de ses réclamations[2].

Ils rédigèrent, en 1246, un acte d'alliance, une véritable association contre la juridiction ecclésiastique, et instituèrent un comité de quatre seigneurs, dont Pierre de Dreux, duc de Bretagne, fut le chef : « L'abus des juridictions avait réveillé les « seigneurs dans le treizième siècle, dit Hevin[3]; la juridiction

[1] « *Omnia publica privataque sacra scitis pontificis erant subjecta...* » Ita Livius. — Eadem ratione... christianos nostros pontifices commonstrant *plenissime* libri Decretalium. — (Mornac, *Dig.*, *de petit. Hæred.*, lex LIII, t. I, p. 460.)

[2] *Hist. de saint Louis* par Joinville. — Le roi avait vingt et un ans.

[3] Pierre de Dreux reçut le surnom de Mauclerc (contraire aux clercs).

« ecclésiastique avait opprimé la justice séculière : l'étude du « droit romain inspirait à la justice séculière le dessein de re- « prendre son autorité; elle lui en fournissait les exemples et les « moyens [1].

Saint Louis, par un acte courageux, atteignit la juridiction ecclésiastique dans l'exécution des jugements : l'effet des excommunications diminuait dans le treizième siècle ; souvent les personnes excommuniées par suite des sentences ecclésiastiques, mouraient sans se faire absoudre, et conséquemment sans exécuter les jugements rendus contre elles. Il fallait l'intervention des baillis et des sergents pour ordonner et effectuer la saisie des biens de l'excommunié ; mais les baillis et les sergents, moins effrayés que par le passé, des excommunications que leurs refus pouvaient attirer sur leur tête, n'ordonnaient ni n'exerçaient plus les saisies avec le même empressement ; dès lors la sentence ecclésiastique était privée de la sanction pénale, naissant de l'exécution réelle. Les évêques et archevêques s'en plaignirent hautement dans une assemblée générale; ils firent de vives remontrances à saint Louis, qui revenait des croisades. Nous empruntons ici le langage de Joinville [2] : « Sire, lui dit l'évêque « Gui d'Auxerre, parlant pour eux, tous ces seigneurs qui, ici, « sont archevêques et évêques, m'ont dit que je vous dise que « la *chrétienneté se périt et fond entre vos mains.* » — Le roi se signa et dit : « Or, me dites comment ce est. » — Le prélat ayant alors exposé qu'on prisait si peu les excommunications, que les gens se laissaient mourir excommuniés avant que de se faire absoudre, et ayant demandé au roi qu'il commandât à ses baillis et sergents de les contraindre à faire satisfaction à l'Église, le roi répondit qu'il le commanderait volontiers, pourvu qu'on lui donnât connaissance « si la sentence était droiturière ou non. » — Et sur le refus des prélats, disant qu'ils ne croyaient en aucune sorte qu'ils lui dussent la connaissance de leur cause,

[1] Hevin-sur-Frain, tome I, p. 74. — II, addit., p. 39.

[2] Joinville, *Vie de saint Louis*, p. 140.

le roi répondit avec fermeté que, tant qu'ils ne la donneraient pas, il ne commanderait pas à ses sergents de contraindre les excommuniés à se faire absoudre à tort ou à raison ; « *car si je le faisais*, ajouta le roi, *je ferais contre Dieu et contre droit* [1]. »

Frapper sur la sanction réelle des sentences, c'était porter un coup qui ébranlait jusque dans sa base la juridiction ecclésiastique : toutefois la pensée de saint Louis d'empêcher l'exécution de ces sentences ne fut complétement réalisée que plus tard, sous le règne de Charles le Sage.

En 1278, nous trouvons l'exemple d'un chevalier excommunié pour dettes et qui, étant mort sous le coup de l'excommunication, aurait été privé de la sépulture sans le cautionnement fait par un parent de ce chevalier. Une déclaration de l'official de Paris porte qu'en conséquence du cautionnement il avait absous le débiteur et permis la sépulture [2].

Le fils de saint Louis, Philippe le Hardi, avait voulu marcher sur ses traces, et tâcher d'étendre la création de l'appel au roi à la juridiction ecclésiastique ; mais son ordonnance de 1270, de l'année même des Établissements et de la mort de saint Louis, contenait un germe encore trop faible pour éclore.

L'institution qui frappa incessamment sur les usurpations de la juridiction ecclésiastique et ramena les principes rationnels au milieu de ces usurpations fut l'institution des appels comme d'abus [3]. C'est un conseiller du roi, Pierre de Cugnières, chevalier ès lois, qui se rendit l'organe de la pensée du parlement et qui créa ce puissant instrument d'opposition. — Philippe de

[1] Les idées de saint Louis avaient fait des progrès en faveur de la résistance, car, en 1228, la mère de saint Louis avait rendu une ordonnance pour contraindre baillis et sergents à exécuter les excommuniés dans l'année. La résistance de saint Louis fut imitée par les grands. En 1267, la cour des pairs repoussa la prétention de l'évêque de Châlons qui, pour un crime commis en sa qualité de baron, demandait à être jugé par le pape.

[2] Spicilegium, de d'Achery, tome VI, p. 481.

[3] Sur l'appel comme d'abus, voir mon Cours de droit public et administratif. 5e édition, tome Ier. *Droit public ecclésiastique*, ch. 1er, § 2.

Valois réunit tous les prélats du royaume à Vincennes pour soutenir la grande querelle, en 1329. L'homme qui représentait les communes émancipées, les seigneurs dépossédés de leurs juridictions, le roi attaqué dans son pouvoir de justice souveraine et les légistes formés à l'école de de Fontaines et du droit romain, Pierre de Cugnières, vainquit en définitive la théocratie judiciaire, comme saint Louis et Philippe le Bel avaient vaincu la théocratie politique. L'archevêque de Sens, Pierre du Roger, défenseur de la juridiction de l'Église, fit valoir au nombre des arguments, que si on la réformait les prélats perdraient l'une des sources les plus fécondes de leurs émoluments; et, pour sanctifier ce qu'il y avait là de trop humain et de trop personnel, il ajoutait : « Les droits acquis une fois à l'Église appartiennent à Dieu, *il y aurait sacrilége* à les lui enlever! »

Demander à l'usurpation la raison de son existence, c'est prouver que la cause qui l'a produite a perdu son prestige et sa force. La juridiction ecclésiastique, ramenée à l'examen et sondée dans ses bases, était à moitié renversée; et depuis ce temps les avocats du roi et le parlement de Paris se signalèrent par leur lutte incessante contre la cour de Rome. Les appels comme d'abus, les gens du roi et le parlement furent regardés comme le palladium des libertés de l'Église gallicane, de l'indépendance du pouvoir politique, et comme une garantie aussi en faveur du clergé inférieur contre les excès d'autorité des prélats. Une tradition toujours présente entretint le même esprit dans le corps de la magistrature; et les ordonnances royales conspirèrent à l'envi, avec les magistrats nourris des principes du droit romain, à resserrer la compétence et à limiter la juridiction ecclésiastique.

Ce fut une lutte de quatre cents ans.

Dans ce quatorzième siècle où naquit l'appel comme d'abus, s'établit la maxime que « les causes qui intéressaient les ecclésiastiques ne pouvaient être évoquées hors du royaume[1]. » Un pape,

[1] Recueil de Dupuy sur les libertés de l'Église gallicane, tome Ier (1731).

Urbain V, le dernier des papes d'Avignon, proclama lui-même dans sa bulle de 1366 cette règle contraire aux Décrétales.

Les ecclésiastiques ayant perdu le privilége des évocations, il fallait assurer l'indépendance des officiers appelés à les juger. Charles V, par son ordonnance de 1370, défendit d'excommunier les officiers du roi pour *le fait de l'exercice de leurs charges*. — Cette ordonnance atteignit un autre but : par elle s'évanouissait la sanction dernière des sentences ecclésiastiques. Si les parties ne voulaient pas se soumettre aux condamnations, les sentences ne pouvaient plus atteindre indirectement les propriétés ; il aurait fallu, pour faire saisir les biens de la partie rebelle au jugement de l'Église, le secours des officiers du roi et des seigneurs. Or, le juge civil, naturellement opposé au juge ecclésiastique, n'avait aucun intérêt à accorder ce secours ; et libre désormais de la crainte des excommunications, il restait dans l'inertie, il laissait les sentences ecclésiastiques dans leur impuissance, à moins que le roi n'intervînt par mandement exprès.

Cette garantie indirecte donnée à la propriété contre les entreprises sacerdotales, en appelait une autre plus directe, et le même Charles le Sage interdit à la juridiction ecclésiastique la connaissance des *actions réelles* [1]. — Puis vint le besoin de protéger aussi les personnes, et Charles VI, en 1388, lui enleva la connaissance des délits d'adultère [2].

A côté de l'institution des appels comme d'abus, qui traçait profondément la ligne de démarcation entre les deux puissances spirituelle et temporelle, le quatorzième siècle avait donc encore établi des garanties particulières.

Le quinzième siècle fonda aussi des garanties spéciales, et de plus, il éleva une garantie générale contre la théocratie.

Le jugement du possessoire, en matière de bénéfices, fut attri-

[1] Juillet 1371, mandement en faveur de l'archidiacre de Langres; huit mois après, mars 1371, arrêt général qui défend de connaître des actions réelles. (Chopin, *Polit.*, II, I, 6; Isambert, Recueil, v, 353.)

[2] Même ord. avait été rendue en 1366, par Philippe IV, sans efficacité.

bué aux juges royaux. Cette attribution leur donnait à décider toutes les questions graves. Elle entraînait à sa suite la connaissance des titres, car la possession des bénéfices sans titres n'était pas réputée possession[1].

Les bénéfices furent soumis à des droits étrangers à la puissance ecclésiastique : les *indults* du parlement, de temporaires qu'ils étaient au quatorzième siècle, devinrent perpétuels et donnèrent au chancelier et aux membres du parlement de Paris, le droit d'obtenir du roi, pour eux et leurs cessionnaires, des bénéfices vacants par décès[2] : plus de trois cents magistrats ou officiers de justice furent ainsi conviés aux dépouilles opimes des bénéficiers. — La régale, prérogative qui devint si importante sous Louis XIV, s'affermit : déjà en 1451, et pendant la vacance des siéges, elle en affectait les revenus au trésor du roi.

Mais la grande institution du quinzième siècle, c'est la pragmatique sanction de Charles VII. Un double rempart fut élevé contre la théocratie politique et judiciaire. Le clergé de France lui-même, convoqué par Charles VII et réuni en concile national à l'assemblée de Bourges, concourut à l'établir.

La pragmatique sanction de juillet 1438 est un beau monument consacré aux progrès des idées morales et politiques et au besoin de réforme ecclésiastique qu'éprouvait le quinzième siècle. Là se trouvent l'adoption du concile de Bâle (1432) pour la réforme de l'Église dans *son chef et dans ses membres*, la supériorité reconnue du concile général sur l'autorité du pape, la liberté de l'élection des évêques et enfin l'abolition des appella-

[1] *Bulles* du pape Martin V, 1425, 1432.— Guy-Coquille, *Inst. cout.*, t. II, p. 7. — Mon *Hist. du droit*, t. VI, p. 398.

[2] *Indult* veut dire *grâce*, *permission*, d'*indulgere*. *Pontificiaria gratia; indultum a verbo indulgere.* C'est un mandat du pape pour pourvoir du premier bénéfice vacant. Le pape Benoît XI et ses successeurs, jusqu'à Eugène IV, donnèrent aux rois de France des expectatives en faveur des officiers du parlement. Eugène les rendit perpétuelles par deux bulles de 1431 et 1434. L'indult du parlement fut confirmé encore en 1538, sur la demande de François I[er]. (Voir Durand de Maillane, v° *Indult*.

tions au pape et des jugements ultramontains, même dans les causes de nature purement ecclésiastique.

Le sort de la pragmatique fut livré à bien des fluctuations.

Louis XI, dès son avénement à la couronne (1461), la révoqua dans ses dispositions libérales sur le principe d'élection; et le pape Pie II, qui a fait contre elle les décrétales *Execrabilis* et *Inauditus*, permit de traîner la pragmatique dans les rues de Rome. Le parlement fit des remontrances pour son rétablissement en 1464; il disait : « L'évêque nommé par les électeurs, confirmé « par le métropolitain, doit être en grande édification et révérence : « sa doctrine, sa vie en plus grande édification et exemple. » Il citait en faveur des élections les canons et les ordonnances. Ces remontrances furent écoutées, mais la pragmatique fut de nouveau supprimée en 1467, malgré l'opposition du procureur général Saint-Romain et de l'université de Paris. — En 1484, aux états de Tours, le tiers état demanda le rétablissement de la pragmatique, l'ordre du clergé s'y opposa, et elle ne fut pas rétablie. C'est le roi surnommé le Père du peuple qui, par une ordonnance de 1498, réalisa le vœu du tiers état. Il remit en vigueur et confirma complétement la pragmatique sanction; mais cette résurrection fut de courte durée.

N° II. — Domination du pouvoir civil aux seizième et dix-septième siècles.

Le seizième siècle détruisit l'œuvre du quinzième, sur la constitution intérieure de l'Église. François I[er] et Léon X brisèrent la pragmatique dans leur intérêt respectif. L'Église gallicane fut définitivement dépouillée des élections, par le concordat du 16 août 1516.

Au moment de saluer pour la dernière fois le principe électoral qui se retire de l'Église de France pour n'y plus reparaître que comme l'éclair précurseur des orages de 1792, jetons un regard sur son antiquité et sa continuité[1].

Il est de certitude historique que, dans la discipline primitive

[1] Le principe de l'élection a été rappelé par l'ordonnance d'Orléans, 1560; mais cette ordonnance n'a pas eu d'exécution sur ce point.

des églises de Jérusalem, de l'Orient et des Gaules, les évêques et les prêtres étaient élus par l'*Église*, c'est-à-dire par l'assemblée des fidèles, clercs et peuple : la tradition des exemples est constante pendant les trois premiers siècles de l'Église naissante, les quatrième et cinquième de l'église d'Orient, les sixième, septième, huitième, neuvième de l'église des Gaules. Plus de dix conciles des Gaules reconnaissent la nécessité de l'élection. Jusqu'au douzième siècle, on trouve cette forme, « parce qu'il est juste, dit le « troisième concile d'Orléans, que celui qui doit être préposé à « tous soit élu par tous, *quia æquum est ut qui præponendus* « *est omnibus ab omnibus eligatur.* » — « Au temps de Louis « le Gros, dit du Tillet, durait encore la bonne et sainte forme « de l'élection du clergé et du peuple, avec le congé et approba- « tion du prince. Depuis, le pape Adrien IV (1154-1159) en re- « jeta le peuple et n'y laissa que le clergé. Le pape Luce (1181- « 1185) restreignit le droit d'élire aux chapitres, et fut la porte « ouverte aux simonies[1]. »

Saint Louis, dans la pragmatique de 1268, maintint les églises cathédrales et les autres églises du royaume dans la liberté intégrale des élections; il maintint la disposition des prélatures, dignités, bénéfices et offices ecclésiastiques dans les règles du *droit commun, des saints conciles et des anciens statuts des saints Pères*[2]. — Le texte de la pragmatique, qu'on a voulu révoquer en doute, a été publié en 1606 par du Tillet tiré des registres du parlement, qui ont été détruits par l'incendie du palais en 1618[3].

[1] Dumoulin, *Conseil sur le fait du concile de Trente*, tome V, p. 355.— Mémoire et avis de Me du Tillet sur les libertés de l'Église gallicane; dans le Recueil des lois canoniques de Durousseau de Lacombe, IIe part., p. 5.

[2] La pragmatique sanction reproduisit l'édit de 1228 — *Ecclesiæ cathedrales et aliæ regni liberas electiones et effectum earum integraliter habeant* (art. 2). *Promotiones, collationes, provisiones et dispositiones prælaturarum et aliorum quorumcumque beneficiorum et officiorum ecclesiasticorum..... secundum dispositionem juris communis, sacrorum conciliorum Ecclesiæ Dei, atque institutorum antiquorum sanctorum Patrum, fieri volumus et ordinamus* (art. 4). (Pragm. de 1268; Isambert, I, 369.)

[3] Recueil des rois de France, IIe part., ann. 1606, p. 358-359, du Tillet.

Le principe électoral protestait dans l'Église contre le principe héréditaire de la féodalité; il ouvrait un vaste asile à ces capacités populaires qui ne pouvaient trouver place dans l'immuabilité féodale. Saint Louis, qui luttait contre le régime aristocratique, n'avait garde de fermer l'Église aux hommes d'élection; et la pragmatique de Charles VII, inspirée de l'esprit de saint Louis, consacra le principe de l'élection comme droit commun. Elle appela saints et promulgués par l'esprit de Dieu les canons qui avaient ordonné que chaque église, collége ou couvent, élirait son préposé, son prélat [1].

Le concordat de François Ier et de Léon X anéantit l'antique discipline : les règles de l'Église furent amorties, au profit du pouvoir absolu, par l'abolition des élections ecclésiastiques; les droits de la nation française furent amortis au profit du pape par le rétablissement des *annates*, impôts et prélèvements que le pape prenait sur les grands bénéfices. Le concordat était un pacte de vente où le pouvoir royal stipulait principalement comme acquéreur; il achetait avec l'or et les droits de la France les libertés intérieures de l'Église gallicane. Le parlement, le clergé, l'université de Paris élevèrent contre cet échange de vives mais impuissantes réclamations; le parlement enregistra, de l'ordre très-exprès du roi, *de expressimo regis mandato*.

Ainsi, au seizième siècle, deux grandes révolutions se firent dans le sein de l'Église catholique : le principe électoral, le principe de liberté organique, fut étouffé en France par l'accord du pape et du roi; — et, par une terrible compensation, le principe de liberté, sous le nom de Réforme, surgit bien plus redoutable, en Allemagne, de la colère d'un moine; mais ce moine était Martin Luther.

L'Église gallicane n'a plus retrouvé depuis le concordat ses

[1] *Propterea sacri canones, spiritu Dei promulgati, provide statuerunt ut unaquæque ecclesia aut collegium seu conventus sibi prælatum eligant.* (Pragm. de 1438, tit. II, § 1.)

garanties de liberté interne et d'organisation indépendante à l'égard du pouvoir temporel; elle a toutefois conquis ou conservé ses garanties, ses libertés dans les rapports externes avec la cour de Rome et le Saint-Siége.

Les rois, investis d'un nouveau pouvoir par le concordat, poursuivirent la destruction d'abus qui avaient survécu à l'omnipotence ultramontaine.

Au seizième siècle, Henri II réprima les empiétements des notaires apostoliques et permit aux baillis, sénéchaux et présidiaux d'en limiter le nombre dans leur ressort [1]. Sous Charles IX, une ordonnance, œuvre de l'Hôpital, fit défense aux juges ecclésiastiques de s'opposer aux ordonnances du roi [2]. — Les juges royaux eurent le droit de faire le procès aux officiers clercs, nonobstant l'ancien privilége de cléricature; il fallait au moins être sous-diacre pour invoquer encore ce privilége [3].

Sous Charles VI, Louis XII, Henri II, les appels comme d'abus devinrent très-fréquents. Des ordonnances royales réglèrent les limites mobiles de la juridiction des appels [4]; mais la procédure des tribunaux ecclésiastiques et leur interdiction ne furent définitivement régularisées que par l'ordonnance même de 1667, qui réforma la procédure civile et l'édit de 1695 par lequel Louis XIV régla souverainement la juridiction ecclésiastique.

La multiplication des appels comme d'abus souleva les plaintes du clergé aux seizième et dix-septième siècles: il demanda, mais en vain, que les ordonnances des prélats n'y fussent pas soumises. L'assemblée du clergé de 1675 fit les plus grands efforts pour obtenir qu'on déterminât les *cas spéciaux* auxquels s'appliqueraient les appels comme d'abus : le pouvoir temporel, qui savait que les nuances de l'abus étaient vraiment indéfinies, se garda bien d'obtempérer à la réclamation.

[1] Édit de sept. 1547 sur les notions apost. (Isambert, XIII, 32.)
[2] *Ord. de Roussillon*, 1563.
[3] Même ordonnance et bulle antérieure de Clément VII, de 1527.
[4] Edit. 1529, 1541, 1595.

Nº III. — Résumé de la doctrine sortie de ces luttes diverses, quant à la partie civile et à la partie criminelle du droit canonique.

La jurisprudence du parlement, les progrès de la science du droit et les ordonnances fixèrent des principes, sur les personnes et sur les choses, autour desquels vinrent murmurer vainement encore quelques plaintes et qui furent adoptés par le clergé de France.

Ces principes, considérés en eux-mêmes, peuvent se résumer ainsi :

L'Église est un corps mystique et politique tout ensemble : corps mystique, elle a pour chef le pape ; pour législateurs dans la foi, les conciles ;

Corps politique, elle fait partie de l'État.

Chef de l'État, le roi est aussi le gardien et le protecteur des libertés de l'Église gallicane, qui consistent dans l'observation des anciens canons et des quatre grands conciles des premiers siècles. — Ce n'est que par l'autorité royale que les règlements faits dans les nouveaux conciles, en dehors de la foi, mais touchant la discipline extérieure, peuvent être exécutés dans le royaume : cette autorité s'exerce par l'enregistrement en cour de parlement.

La juridiction ecclésiastique est volontaire et contentieuse. La première, qui se renferme dans les œuvres du saint ministère, vient de Dieu : elle est immuable. La seconde, qui a commencé sous la deuxième race des rois de France et s'est propagée dans les premiers siècles de la troisième dynastie, n'est considérée que comme une concession du pouvoir royal ou de la société; elle est positive et sujette à modification : c'est par concession que lui sont abandonnées les matières *mixtes*, c'est-à-dire non purement ecclésiastiques, comme le mariage et les actes de l'état civil des personnes.

Les appels comme d'abus, *en chose notoire* d'intérêt général, sont du ressort du parlement de Paris; en cela, il représente spé-

cialement le roi, car il n'est qu'un démembrement de l'ancien conseil des rois de France. Les cas d'abus ordinaires ou locaux sont de la compétence des divers parlements de France.

On ne doit pas chercher à déterminer avec exactitude les cas d'abus; ils peuvent être infinis, mais ils découlent de quatre sources bien connues. Ils résultent des atteintes portées :

1° Aux décrets et canons reçus;

2° Aux concordats, édits, arrêts du parlement;

3° Aux droits, franchises et libertés de l'Église gallicane;

4° A la nature et aux droits de la juridiction séculière.

Voilà pour la partie civile du droit canonique.

Quant à la partie criminelle :

On distinguait le délit commun, le cas privilégié et le délit mixte.

Le privilége clérical avait tellement passé dans l'usage, que de droit commun le clerc relevait de la juridiction ecclésiastique; c'était par exception qu'il était soumis au juge séculier.

La compétence du juge ecclésiastique et du juge séculier, à l'égard du clerc, était déterminée par la nature du délit, par l'ordre de choses auquel appartenait la loi violée, et par la nature de la peine qui pouvait être infligée; c'est ce que l'on rendait par cet adage laconique, *le crime est naturellement du for* (forum) *dont est la loi*[1]. — La loi purement ecclésiastique avait-elle été violée par le clerc? son action était un *délit commun* de la compétence de l'official. — Était-ce une loi de police extérieure? le délit était un cas *privilégié* de la compétence exclusive du juge royal.

Dans les premiers temps on distinguait *trois cas royaux* : le meurtre prémédité, le rapt et l'incendie. — Mais les cas privilégiés eurent ensuite une tout autre étendue : les canonistes en citaient vingt-cinq comme exemples et non comme limitation.

Enfin, les lois ecclésiastiques et humaines avaient-elles été

[1] *Traité de l'abus*, par Févret, avec la réfutation d'Hauteserre à la suite (édit. 1778).

violées en même temps? le délit était *mixte* et les juridictions ecclésiastique et séculière informaient conjointement; elles devaient réciproquement s'avertir; elles pouvaient aussi statuer séparément et prononcer chacune dans sa limite naturelle.

Cette doctrine, qui s'était élaborée lentement sous l'influence des libertés de l'Église gallicane, n'était pas la doctrine commune de la discipline ecclésiastique; et des maximes toutes contraires furent promulguées encore par le concile de Trente, de 1545 à 1563, tenu cependant en présence de la Réforme qui agitait l'Europe et annonçait au monde une époque nouvelle.

N° IV. — Doctrine contraire du concile de Trente. — Conséquences de cette opposition de principes.

Le concile de Trente fut convoqué pour l'extirpation des hérésies, le rétablissement de la discipline ecclésiastique et la réformation des mœurs [1].

La France prit dans le concile, par ses ambassadeurs, une attitude très-ferme; dès les premières sessions, les trois ambassadeurs du roi, ayant P. Danèz pour organe, demandèrent au concile de ne pas souffrir qu'on donnât quelque atteinte aux priviléges du royaume. Ils lui demandèrent « de confirmer l'É-« glise gallicane, dont le roi est le tuteur, dans ses droits et « immunités [2]. » Les évêques de France ne se rendirent point au concile, par suite des dissidences de Henri II et du pape Jules III; et en 1551, Jacques Amyot, évêque d'Auxerre, ambassadeur de Henri II, protesta, dans le sein du concile, contre le concile même. Un intervalle de dix ans ayant suspendu les sessions, de 1552 à 1562, la France fut représentée à l'assemblée nouvelle par trois ambassadeurs de Charles IX : Saint-Gelais de Lausac, Arnaud du Ferrier, du Faur, seigneur de Pibrac et président du

[1] Discours du légat à la 1re sess., 13 déc. 1545.
[2] 5e Sess., 17 juin 1546.

parlement de Toulouse. Ils demandèrent, entre autres objets, que, suivant les conciles anciens, même ceux de Constance et de Bâle, le pape fût soumis aux décisions des conciles; que l'on commençât par la réformation de la discipline et des mœurs, tant dans le chef que dans les membres; que les expéditions fussent accordées gratuitement et que les annates fussent abolies; que les dispenses ne vinssent pas de Rome; que les évêques n'ordonnassent des prêtres qu'en les destinant à des fonctions, afin de diminuer le nombre des ministres inutiles... « On vous re« garde, disait du Faur aux pères assemblés, comme des per« sonnes qui peuvent, non par leurs propres forces, mais inspi« rées de l'esprit de Dieu par Jésus-Christ, guérir et rétablir dans « son premier état notre religion blessée par une infinité d'opi« nions, qui s'y sont glissées... C'est là la seule espérance qui « nous reste, qui seule soutient l'esprit et le cœur des gens de « bien... » — Il exhorta ensuite les pères « à donner nuit et « jour leurs soins pour faire en sorte qu'on vît qu'ils n'avaient « pas inutilement procuré ce souverain remède à la chrétienté « malade et presque désespérée [1]. »

Le concile de Trente embrassa le point de vue spirituel et disciplinaire de la société chrétienne. Sa doctrine dogmatique sur la foi fut reçue dans l'Europe catholique; mais ses règles sur la discipline et le gouvernement ecclésiastiques, sur les pouvoirs du Saint-Siége et des évêques, étaient en contradiction avec la doctrine suivie par l'Église gallicane : elles continuaient les traditions du moyen âge; elles furent rejetées par la France, malgré les efforts du parti ultramontain.

Voici le résumé exact des dispositions du concile sur le gouvernement ecclésiastique :

Le concile veut que toutes les constitutions des papes en faveur des ecclésiastiques soient exécutées sans contrôle [2].

Il veut que les causes criminelles des évêques soient jugées

[1] 19e Session, 14 mai 1562 (*Dict. des Conc.*, p. 455, éd. 1764).
[2] 25e Sess.

par le pape, ou par ses commissaires délégués[1]; — il permet au pape d'évoquer à Rome les causes des ecclésiastiques pendantes devant l'ordinaire.

Il prohibe les appels comme d'abus des ordonnances des prélats; il interdit aux curés et aux inférieurs la faculté d'appeler des sentences ou corrections épiscopales[2].

Il exempte de la juridiction laïque les clercs mariés.

Il permet aux évêques de punir les notaires royaux, de les suspendre en matière de causes ecclésiastiques; il leur permet d'infliger une peine arbitraire aux clercs qui se marient, étant reçus dans les ordres sacrés.

Il défend aux évêques d'avoir égard aux mandements des juges séculiers, ordonne aux métropolitains de suivre la procédure réglée par les constitutions des papes; il autorise les évêques à punir immédiatement ceux qui pèchent avec scandale et publicité, à contraindre par des amendes les ecclésiastiques et les laïques, à les faire saisir par biens ou par corps, à faire exécuter leurs jugements soit par leurs officiers, soit même par ceux des autres juges; il veut que les juges ecclésiastiques, d'un ordre moins élevé, puissent punir par *soustraction de fruits*.

Le concile donne aussi à l'évêque le pouvoir de forcer les paroissiens à fournir un revenu au curé de la paroisse.

Il permet à tous les monastères de posséder librement des biens et d'acquérir.

Il excommunie les souverains qui tolèrent le duel, les prive de la juridiction et même du domaine des lieux où il est toléré.

Le contraste des doctrines gallicanes et ultramontaines, que nous venons de rapprocher, fait ressortir la nécessité de la lutte qui s'était engagée en France et réveillée dans les derniers siècles contre les prétentions du droit canonique et pontifical.

[1] 12e Sess.
[2] 14e Sess.

C'est Charles Dumoulin qui donna le signal de la résistance contre les décrets du concile de Trente par son *conseil sur le fait du concile*. Consulté par des membres du Conseil privé, il manifesta avec toute son énergie les violations du droit des peuples et des princes, qui devaient le faire rejeter : « Par quoi, disait-il, « les décrets tridentaux ne peuvent aucunement être reçus sans « premièrement violer la majesté royale et sa justice, qui doit « être constante et perpétuelle, et sans fouler aux pieds l'autorité « des trois états de France et de la cour de parlement, la liberté « du peuple chrétien, les lois et capitulaires de Charlemagne, de « Loys le Pieux et leurs successeurs, les anciens canons, la forme « et coutume des églises anciennes et droits divins[1]. »

L'esprit frappé de cette opposition de principes, on comprend dans toute sa portée la résistance qui éclate encore au dix-septième siècle, la déclaration du tiers état aux états généraux de 1614, « que, pour arrêter le cours de la pernicieuse doctrine qui « s'introduit depuis quelques années contre les rois et les puis- « sances souveraines établies de Dieu, par des esprits séditieux « qui ne tendent qu'à les troubler et subvertir, le roi sera supplié « de faire arrêter en l'asssemblée de ses états *pour loi fonda-* « *mentale* du royaume, qui soit notoire à tous, que, comme il est « reconnu souverain en son État, ne tenant sa couronne que de « Dieu seul, il n'y a puissance en terre, quelle qu'elle soit, spi- « rituelle ou temporelle, qui ait aucun droit sur son royaume, « pour en priver les personnes sacrées de nos rois, ni dispenser « ou absoudre leurs sujets de la fidélité et obéissance qu'ils leur « doivent, pour quelque cause ou prétexte que ce soit[2].... ; » — on comprend l'arrêt du parlement rendu sur le réquisitoire de Servin et de Mathieu Molé, le 2 janvier 1615, pour détruire l'effet des maximes absolues du cardinal du Perron, appuyées

[1] *Conseils sur le fait du concile de Trente* (1565), nº 40.

[2] *Assemblées nationales*, par M. Henrion de Pansey, t. II, p. 245.

de ses véhéments discours aux états, arrêt qui rappelle *les maximes de tout temps tenues en France et nées avec la couronne*[1]; — enfin on s'explique dans toute sa gravité la déclaration du clergé de 1682 sur les libertés de l'église gallicane, la haute importance qu'y attachait Bossuet, et le soin qu'il prit de déposer, pour l'avenir, dans sa défense des quatre articles, tous les trésors de son érudition, de sa logique et de ses convictions.

C'est aussi dans des souvenirs encore vivants, dans les passions qui naissaient de ces luttes de pouvoirs et d'idées, que le dix-huitième siècle ira puiser l'amertume de ses attaques contre le catholicisme; et, quand sa philosophie, toute de liberté, aura transporté l'ancienne querelle des deux puissances, de la grand'chambre du parlement de Paris sur le terrain de la critique indépendante et rationnelle, elle aura bientôt sapé les bases de la juridiction ecclésiastique; elle l'aura bientôt réduite à n'être en droit social que ce qu'elle était dans la société spirituelle de l'église primitive. Jusqu'alors la juridiction temporelle avait, sur beaucoup de points, transigé avec la juridiction canonique. Le privilége clérical des personnes et des choses, la confusion des sacrements et des actes de la vie civile qui, du concile de Trente, passèrent dans les ordonnances royales, avaient laissé au droit canonique un continuel aliment, une juridiction permanente dans la société civile. La Révolution de 1789 lui enlèvera son tribunal extérieur et ses lois d'ordre temporel; mais, troublée dans ses vues sur la religion catholique, elle confondra la discipline intérieure de l'Église, qui appartient à l'Église seule, avec les institutions extérieures et vieillies du moyen âge.

Nous avons embrassé dans ce livre la naissance, les progrès, la domination, la décroissance, la dernière expression doctrinale du Droit canonique, et nous avons entrevu le point où il devait

[1] États de 1614, par Florimond Rapine, in-4° (1651), et H. de Pansey, II, p. 251.

disparaître. Il avait à combattre le droit féodal de la France ; ce rôle, il l'a d'abord rempli ; puis il l'a dépassé ; puis il l'a méconnu, et lui-même est devenu un obstacle au progrès du droit social.

De nouvelles forces vont s'engager dans la lutte ; nous avons devant nous les Ordonnances, cette partie si importante de la jurisprudence française.

FIN DU LIVRE QUATRIÈME

LIVRE CINQUIÈME

ORDONNANCES

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

Aperçu général sur les ordonnances et sur les parlements.

Les ordonnances et les parlements sont une émanation de la royauté; mais la royauté a eu ses périodes différentes, et les ordonnances, comme les cours souveraines, en ont suivi les mouvements.

I. Au sein du régime féodal, la royauté n'était qu'un titre de suzeraineté. Le roi, suivant le langage du temps, n'était que le plus *grand fieffeux* du royaume : maître dans ses domaines, il n'avait aucun pouvoir d'administration dans les domaines des grands vassaux qui relevaient de lui ; il avait seulement en expectative le retour de leurs fiefs à la couronne, soit par la confiscation, en cas de félonie jugée par la cour des pairs ou des barons, soit par hérédité, soit par mariage avec une héritière, en titre, de duchés ou de grandes possessions, soit par desherence, à défaut d'héritier mâle, s'il s'agissait d'une province donnée en apanage.

Mais la royauté, aux premières lueurs de la civilisation, sentit le besoin et le droit de se faire reconnaître comme le pouvoir

central de la société; et les regards du faible, de l'opprimé, se tournèrent vers elle. Au douzième siècle, les villes et communes conquirent ou obtinrent des seigneurs leurs chartes de franchise; le pouvoir royal, s'appuyant sur cet élément nouveau et lui prêtant secours aussi, commença son mouvement d'émancipation : c'est alors que naquirent les Ordonnances.

Deux périodes marquent le développement de la royauté, prise à ce point de départ :

La première est remplie par son travail d'émancipation et sa tendance à la centralisation du pouvoir judiciaire, du pouvoir politique et des forces sociales; elle s'étend du treizième au dix-septième siècle, de Philippe-Auguste à Louis XIII.

La seconde période est celle du pouvoir absolu; elle s'étend de Louis XIV à la révolution de 1789.

Royauté tempérée par les états généraux et les parlements; royauté absolue, et tempérée seulement par les mœurs et l'opinion publique : telle est donc la double source des ordonnances.

De là naît leur caractère de diversité dans la forme et dans le fond.

Les ordonnances principales de la première période ont été rédigées sur les cahiers des états généraux.

L'ordonnance de Charles V (encore duc de Normandie) de mars 1356 a été faite sur les cahiers des états de 1355, 1356, signalés par les orages qui s'étaient élevés des champs malheureux de Crécy.— Celles d'Orléans (1560) et de Roussillon (1563), sous Charles IX, ont été rédigées conformément aux remontrances des états d'Orléans (1560), assemblés pour la régence de Catherine sous les auspices du chancelier de l'Hôpital, et marqués par la prudence des vœux que les trois ordres exprimaient en face de la réforme protestante.

L'ordonnance de 1579, célèbre dans les fastes judiciaires par ses innovations dans les lois du mariage, fut rédigée d'après le vœu des états de Blois, de 1576, sous l'empire de la réaction religieuse qui les agitait et qui les aurait entièrement dominés, si

deux publicistes et jurisconsultes, Jean Bodin et Guy Coquille, ne lui eussent opposé leur science et leur raison [1].

L'ordonnance de 1629, appelée code Marillac, fut rédigée sur les cahiers des états de 1614 et les avis de l'assemblée des notables de 1626, états généraux posés à la limite de la monarchie tempérée et dans lesquels le tiers état, présidé par le prévôt des marchands, Miron, se montrait un peuple ferme, éclairé, digne de la liberté politique [2]. Mais, comme la monarchie tempérée exhalait alors son dernier soupir, le code Marillac sembla porter avec lui un germe de mort; il exagéra le droit du domaine, et, malgré le progrès qu'il avait consacré sous plusieurs rapports dans le droit civil, il resta sans force, il tomba sur le seuil des parlements [3].

Les états généraux ne disposaient législativement que sur les subsides et sur leurs moyens de levée et de contrôle. Pour le surplus, chaque Ordre remettait au roi son cahier de doléances, indiquait ses vues d'améliorations et de réformes. Souvent, dans leurs cahiers séparés, la noblesse se plaignait du clergé, le clergé se plaignait de la noblesse, et le tiers état se plaignait des deux ordres privilégiés. Satisfaire à des vues si dissemblables, faire droit à des remontrances inspirées par des situations si opposées, était une œuvre difficile, pour ne pas dire impossible. Dans le dépouillement des cahiers, on choisissait pour base de l'ordonnance les réclamations qui devaient le moins se contrarier; mais la multiplicité des objets et la confusion étaient alors le défaut presque inséparable de la rédaction de l'ordonnance.

La confusion des objets est en effet très-grande dans les ordon-

[1] Les œuvres de Guy Coquille contiennent plusieurs traités sur les libertés de l'église gallicane. — Quant à Jean Bodin, il a fait l'*Heptaplomérès* (imprimé seulement en 1857) en vue de la tolérance religieuse, mais il est tombé de la tolérance dans le scepticisme.

[2] Le tiers état demandait spécialement dans son cahier que « les sei« gneurs fussent tenus d'affranchir *tous les serfs*, » ce qui n'eut pas lieu. Son président, Miron, magistrat du parlement et prévôt des marchands, passa en revue toutes les parties de l'administration publique dans ses remontrances. (Voir le recueil des états de 1614, par Fl. Rapine, 1651.)

[3] Nous verrons ailleurs que le code Marillac contenait en effet sur la propriété une tendance funeste au droit privé, à la liberté des alleux.

nances de la première période : c'est un amalgame de toutes matières concernant la justice, la religion, la police de l'État, la juridiction, le clergé, les nobles, le droit civil, etc., etc. Les choses les plus incohérentes sont placées les unes à côté des autres : dans l'ordonnance d'Orléans, l'un des monuments qui honorent le plus le chancelier de l'Hôpital, l'article relatif à la révision des statuts de l'Université suit immédiatement l'article 104, qui ordonne l'expulsion des Égyptiens et des Bohémiens.

Les autres actes législatifs, produits par l'autorité royale, les édits, déclarations et ordonnances *de proprio motu,* comme celle de 1535 pour la réformation de la justice en Provence; celles de Villiers-Coterets (1539) et de Moulins (1566) sur la réformation générale de la justice, portaient aussi, quoique à un moindre degré, le caractère de confusion : ce défaut général tenait autant à l'état compliqué de la société qu'au peu de progrès de l'esprit méthodique.

Les ordonnances de Louis XIV et de Louis XV ont, au contraire, l'empreinte de l'unité. Colbert, Pussort, Lamoignon, d'Aguesseau surtout, font passer dans leur rédaction l'esprit clair et méthodique de leurs siècles : comme œuvres de composition et de législation, elles sont bien supérieures à leurs devancières. Mais les ordonnances confuses des quatorzième, quinzième et seizième siècles avaient à jeter des semences dans un terrain bien plus ingrat, bien plus rebelle ; et les semences ont été fécondes. Si ces ordonnances sont moins précieuses que les modernes, comme monuments de jurisprudence, elles l'emportent en intérêt comme monuments historiques. Toute l'histoire des trois siècles de l'enfantement monarchique s'y trouve : c'est là que se reflètent ces longs combats de la royauté contre les éléments rivaux, et ces immenses douleurs de nos rois qui *versent des larmes sur les misères de leurs pauvres peuples* [1]. Les préambules des vieilles ordonnances semblent souvent les mémoires naïfs des rois de France mis en communication avec leurs sujets.

[1] Expressions de plusieurs préambules d'ordonnances.

Au fond, la mission des ordonnances, aux deux époques que nous venons de signaler, a dû être et a été bien différente. La royauté, pendant la première époque, poursuivait un but d'émancipation, combattait les usurpations de la puissance féodale, du pouvoir théocratique; et les ordonnances avaient à ressaisir les débris de la souveraineté dispersés en toutes mains, à créer des institutions nouvelles, à leur ouvrir des voies d'action. Dans la seconde époque, la royauté ne luttait plus contre les puissances du passé; elle régularisait les relations ou les institutions antérieures : si elle luttait, c'était surtout contre l'avenir. Les ordonnances alors avaient à balancer des résultats acquis, à leur imprimer une forme régulière, épurée; ou bien, suivant le pouvoir absolu dans ses égarements, elles étaient un code d'oppression contre les principes de liberté qui apparurent d'abord dans le monde religieux. La royauté, se regardant comme la fille aînée du catholicisme distingué du christianisme, entra dans les voies de l'intolérance; les ordonnances l'y suivirent, et furent des actes despotiques, des aberrations législatives, qui niaient les conditions fondamentales de l'existence des sociétés.

Dans les deux périodes, les ordonnances avaient besoin d'un instrument d'application, d'une institution placée entre la royauté et le peuple, et par l'intermédiaire de laquelle leur pouvoir pénétrât et circulât, pour ainsi dire, dans toutes les parties du corps social. Cet intermédiaire essentiel fut l'institution du parlement de Paris et des autres parlements du royaume.

II. Je ne m'occupe pas ici de la question d'origine. Le parlement de Paris a son origine dans la Cour du roi qui avait à la fois, d'après les principes de l'ancienne monarchie, devoir de justice et devoir de conseil. La cour des barons et des pairs, qui représentait plus spécialement la féodalité politique, devait également justice et conseil selon les principes du régime féodal; et de ces deux anciennes institutions, combinées et modifiées par l'accroissement de puissance de la royauté, sont sortis le Conseil du roi et le Parlement

de Paris, où les pairs avaient droit de siéger et dont ils étaient exclusivement justiciables quand il s'agissait de leurs causes personnelles. Nous prenons les choses au moment où les deux grandes institutions de la monarchie, le conseil d'État et le parlement, apparaissent avec le caractère de fixité qu'elles ont gardé dans la suite[1].

Philippe le Bel, en 1302, voulut consolider la puissance des parlements de Paris et de Toulouse, en les rendant sédentaires; ils existaient seuls alors[2] : il confirma aussi pour la Normandie l'échiquier de Rouen, qui était l'ancienne institution féodale et judiciaire de la province depuis le duc Rollon. Philippe le Long, par son ordonnance de 1316, divisa le royaume en deux grandes parties, en prenant la Loire pour ligne de démarcation. Le pays en deçà de la Loire (formant la langue d'*oil* ou d'*ouy*) fut compris dans le ressort du parlement de Paris. Le pays au delà (formant la langue d'*oc*) fut compris dans le ressort du parlement de Toulouse[3]. Dans la suite, et pour les provinces du royaume composant les douze gouvernements, il fut créé successivement treize parlements et deux conseils souverains[4].

[1] Pour les origines, voir l'introduction aux *Olim* par M. Beugnot, de l'Institut, et mon *Histoire du droit*, tome IV, liv. V, ch. II, sect. 3, p. 64.

[2] Ordonnance de 1302. — Recueil d'Isambert. — Laroche-Flavin, *des Parlements de France*, p. 11.

[3] *Dominicy, de prærogativa Allodior.*, cap. XX, nos 3-4.

[4] Voici la création des parlements selon l'ordre de leurs dates :

1° Parlement de Paris, 1302.

2° Parlement de Toulouse, 1302 (celui-ci a subi diverses vicissitudes, et fut supprimé, transféré, recréé en 1420, et définitivement consolidé en 1444);

3° Rouen (échiquier confirmé), 1302; parlement, 1499;

4° Aix, conseil souv., 1415; parlement, 1501;

5° Grenoble, parlement remplaçant le conseil Delphinal, 1453;

6° Bordeaux, son établissement fut stipulé au traité de Bordeaux avec Charles VII, en 1451; il fut créé en 1460, et son installation eut lieu au château de l'Ombrière, en 1462;

7° Dijon (parlement de Bourgogne), 1476;

8° Rennes (parlement de Bretagne), 1553;

9° Pau, pour le Béarn, 1620;

Les parlements, aux deux époques déterminées, ont eu des rôles différents : alliés courageux de la royauté dans son travail d'émancipation, ils ont combattu avec persévérance et succès la féodalité et la théocratie politique ou judiciaire. C'est aux parlements qu'on doit les appels comme d'abus, les arrêts et remontrances signifiés à Mayenne, en 1593, pour déclarer nulle toute atteinte portée à la *loi salique*, alors que déjà les ligueurs tenaient dans la Bastille Christophe de Thou, Achille de Harlay, et proclamaient reine la fille de Philippe II; c'est aux parlements qu'on doit encore l'arrêt célèbre par lequel Molé et tous les magistrats s'associèrent à l'énergique protestation du tiers état contre les prétentions ultramontaines.

Dans la première période, les parlements prêtent au roi un secours constant et quelquefois héroïque. Dès l'origine, leur action fut, dans l'intérêt de la royauté, affranchie de tout obstacle par l'exclusion des grands dignitaires de l'Église; l'ordonnance du 3 décembre 1319 porte : « *Il n'y aura nuls prélats députés en* « *parlement*, car le roi fait conscience de eux empêcher au gou- « vernement de leurs églises; li roys veut avoir en son parlement « gens qui y peuvent entendre continuellement sans en partir. » Il n'y eut d'exception que lorsque le parlement était transformé en cour des pairs : les pairs ecclésiastiques et laïques en ce cas y siégeaient.

Mais il y eut des conseillers clercs, *clerici*, dont la dénomination, appliquée d'abord, suivant Dumoulin, à ceux qui étaient versés dans la connaissance du droit (*Jurisperiti*), se concentra

10° Metz, pour le pays messin, 1632 ;

11° Besançon (parlement de Franche-Comté), 1668 ;

12° Douai (Flandre), 1686 ;

13° Nancy, parlement qui remplace le conseil souverain de Lorraine, 1775.

Pour l'Alsace, à Colmar, conseil souverain, 1698 ; pour le Roussillon, 1660, conseil souverain à Perpignan (*Voir* Laroche-Flavin, *des parlements ;* Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, 2-185, et le nouveau Denisard de Camus et Bayard, V° Alsace, Roussillon).

par la suite sur des membres du parlement qui appartenaient réellement au clergé. Au seizième siècle, par l'ordonnance de 1579, les conseillers clercs ou conseillers d'église ont été fixés à quarante pour le parlement de Paris; au dix-septième siècle, on comptait dans la grand'chambre dix conseillers d'église et seize conseillers laïques[1].

Les parlements entrèrent en partage de la puissance législative, attribution qui dérivait de leur ancienne origine. Les ordonnances recevaient leur complément par l'*enregistrement* qu'en faisaient les divers parlements, libres de refuser ou de modifier la loi dans leurs ressorts respectifs. En traversant cette épreuve, aux temps des essais et du premier travail d'organisation, elles se dépouillaient des dispositions stériles ou trop hâtives qui se trouvaient mêlées aux idées d'améliorations. Dans des temps plus avancés en législation et plus voisins aussi de la monarchie absolue, au seizième siècle, les ordonnances de Roussillon et de Moulins (1563-1566), sous l'inspiration du chancelier de l'Hôpital, enlevèrent aux magistrats le droit de *modification*, *restriction* et *changement* dans les édits du roi; mais elles leur laissèrent le droit de remontrance avant l'enregistrement et publication; et même les parlements se maintinrent de fait, longtemps encore, dans l'exercice de leur antique prérogative. C'est la première période de l'existence des parlements, période troublée, à la fin du seizième siècle, par les déchirements de la Ligue, qui jetèrent les parlements sur la scène politique et les livrèrent aux divisions des partis: à Paris, à Toulouse, en Bretagne, en Bourgogne et ailleurs, les parlements, fractionnés en deux chambres hostiles, luttaient entre eux par leurs arrêts en faveur de la ligue ou du roi. Au retour du calme, sous la main puissante et réparatrice de Henri IV, les parlements reprirent leur autorité, respectée des

[1] Dumoulin. note sur l'*ancien style du parlement*, se rapportant à des lettres du roi de l'an 1497, où se trouve la dénomination de *clercs* et *conseillers* du roi en sa cour de parlement (Dumoulin, tome II, p. 479, édit. 1681, et Hévin sur Frain, tome II, add. p. 52). Sur l'état du parlement aux seizième et dix-septième siècles, V. le *Praticien françois* de Lange, p. 106.

peuples; et même dans les premiers temps de l'administration de Richelieu, malgré les ordonnances qui enlevaient aux grands corps de magistrature toute part législative, les parlements de Bordeaux et de Toulouse n'enregistrèrent le code Marillac (1629) qu'avec de nombreuses restrictions; le parlement de Paris ne l'enregistra qu'en *lit de justice*, et, sa résistance s'étant réveillée après la séance royale, Louis XIII remit l'ordonnance à la délibération du parlement qui la laissa tomber dans l'oubli.— Mais dans la seconde période il n'en fut pas ainsi.

Après Richelieu, qui aurait voulu renfermer les corps de magistrature dans l'ordre purement judiciaire et qui en donnait le conseil aux rois dans son testament politique; après la Fronde où le parlement de Paris fut entraîné comme chef du peuple, sans pouvoir dominer les séditions populaires, où ses deux arrêts d'union de 1648 avec les autres parlements avaient donné, dans les provinces, à l'insurrection contre la régente une forme légale, la Royauté fut justement défiante, sévère, jalouse de son pouvoir. Les magistrats s'aperçurent bientôt que par leur résistance même « ils avaient travaillé à l'établissement d'une monarchie absolue. » Louis XIV, en 1651, le lendemain de sa déclaration de majorité, refusa d'autoriser les états généraux qui étaient convoqués et même assemblés à Tours; il tint au parlement de Paris, en 1655, le langage que le chancelier de l'Hôpital avait inspiré à Charles IX, en 1564, que Henri IV avait tenu au parlement de Bordeaux en 1608, que Richelieu avait inspiré à Louis XIII en 1629, savoir, qu'il *voulait être obéi;* et il intima ses ordres d'obéissance avec une hauteur qui abaissa et enchaîna toutes les oppositions[1].

Ce n'était pas un emportement de jeunesse, c'était le manifeste d'un roi qui voulait régner en maître absolu. Douze ans plus

[1] Voir le Testament politique de Richelieu, ch. IV. — De Thou, *Hist.*, l. XXV.— *Vie de l'Hôpital*, p. 308 et 312. — Les registres secrets du parlement de Bordeaux, année 1608. — Les arrêts des 13 mai et 15 juin 1648 du parlement de Paris. — Henrion de Pansey, assemblées nationales, 1-161. — La séance du parlement de Paris où le roi arriva subitement est d'avril 1655.

tard, l'ordonnance de 1667, sur la réforme de la procédure, à laquelle participèrent des magistrats du parlement et le premier président de Lamoignon, ne laissa plus aux magistrats que le droit de remontrance *après l'enregistrement*, formule à peu près vide et sans force.

Le droit de remontrance *avant* l'enregistrement fut rétabli l'année de la mort du Roi, en 1715; le parlement, en brisant le testament de Louis XIV, fut rappelé à la vie politique, et bientôt recommença la lutte du pouvoir parlementaire et de la royauté absolue : les exils en masse et les lits de justice furent fréquemment employés au nom du roi.

Le combat généreux des quatorzième et quinzième siècles, que les parlements et la royauté avaient ensemble soutenu contre la noblesse et le clergé, pour l'émancipation des peuples et la couronne, ne reparut plus. Les anciens alliés se divisèrent avec éclat; et la seconde moitié du dix-huitième siècle fut une collision continuelle entre la royauté qui voulait le pouvoir absolu, dépouillé du prestige dont Louis XIV l'avait d'abord entouré, et les parlements qui représentaient encore l'esprit de justice et de liberté, mais qui recevaient aussi de l'esprit de corps une forte et quelquefois une aveugle impulsion.

Après ce coup d'œil préliminaire sur les ordonnances, leur source, leur forme, leur objet, et l'institution parlementaire dans les deux périodes de la royauté, du treizième au dix-huitième siècle, nous devons examiner attentivement leurs progrès et leurs résultats.

Pour accomplir notre tâche, nous serons obligé de fixer nos regards sur certaines époques de notre histoire et d'en étudier l'esprit : les ordonnances de nos rois, c'est une grande partie de l'histoire de France, et, bien que nous ne cherchions ici que leurs rapports avec le droit civil, il est indispensable de les rattacher au mouvement de la société qui les produit et qui les explique.

SECTION PREMIÈRE

Ire PÉRIODE. — DE 1200 A 1629.

Objet général et résultats premiers des ordonnances de cette période. — Subdivision.

Le mouvement des croisades, l'affranchissement des communes, la renaissance du droit romain, le réveil des esprits, l'émancipation de la royauté, sont des faits à peu près contemporains qui agissent et réagissent les uns sur les autres. Aux douzième et treizième siècles, la royauté, pour se constituer *pouvoir social*, avait tout à la fois à briser la puissance de la féodalité politique et à secouer le joug de la théocratie; attaquer de front ces deux adversaires était une entreprise téméraire, et la royauté renaissante fut mieux inspirée. Nos rois se hâtèrent de saisir la lumière retrouvée du droit romain, et de l'entretenir dans un vaste foyer d'où elle pût s'élever et rayonner sur plusieurs points de la France : une ordonnance de 1200, de Philippe-Auguste, fonda l'Université de Paris. Ricord nous atteste que sous ce prince le droit romain était enseigné publiquement dans Paris, et que son enseignement était entouré des plus grands priviléges. L'école de Toulouse fut fondée en 1230; les autres Universités se multiplièrent successivement [1]. De toutes parts s'élevaient des écoles de droit rivales de celles de théologie, et telle fut leur splendeur dans ces premiers temps, que les papes, dans l'intérêt de leur pouvoir, s'en alarmèrent vivement. Malgré les recommandations du concile de Tours, de 1163, les religieux abandonnaient les monastères pour les lectures de droit civil. Les écoles de théologie se dépeuplaient; et en 1220 le pape Honorius III publia sa fameuse décrétale *Super specula* qui défendait à qui que ce soit, sous peine d'excommunication, l'enseignement et l'étude du

[1] Voir l'histoire de l'Université de Paris et des Universités du moyen âge, dans mon *Hist. du droit*, tome IV, p. 251, 309 et suiv.

droit civil à l'Université de Paris, où cette science était surtout florissante[1]. Mais la décrétale, qui fit la prospérité de l'Université ès lois d'Orléans par l'interdiction du droit civil à Paris, ne fut pas rigoureusement suivie dans les écoles de Paris où le droit canon prédomina, sans exclure le droit romain nécessaire à l'intelligence du droit canonique[2]. Ainsi en 1251 on voit les régents ou *lecteurs en droit civil* de l'Université de Paris prêter serment de fidélité à la reine Blanche pendant la croisade de saint Louis[3]. Seulement les grades en droit civil n'étaient pas conférés par cette Université.

Les papes, qui commençaient à se défier, au treizième siècle, du droit romain, dont ils avaient auparavant cherché l'alliance et employé la force morale à leur profit, avaient raison, au surplus, de le craindre en vue de leur puissance temporelle, car le droit romain n'a jamais confondu les deux puissances, ni soumis, dans l'ordre extérieur, la couronne impériale à la tiare du souverain pontife. Les rois, guidés par un intérêt de résistance à la cour de Rome, entrèrent largement dans les voies de la civilisation : sentant combien grande était et devait être l'influence de l'Église, ils n'exclurent point des écoles qu'ils fondèrent l'enseignement du droit canonique, mais ils favorisèrent l'étude simultanée du droit canon et du droit civil. Ainsi Philippe le Bel, par son ordonnance de 1312, en confirmant l'Université d'Orléans, confirmait expressément, de son autorité royale, l'étude générale et perpétuelle du droit canon et du droit civil. Les ordonnances qui suivirent voulurent toujours que le droit romain fût enseigné

[1] Cironii, *Collect. canon.*, p. 215. Voir mon tome IV, p. 330.

[2] Ferrière, t. VII, *Instit.*, p. 358 ; président Bouhier, tome I, p. 388, à la note 11, soutiennent que la décrétale s'appliquait seulement aux *ecclésiastiques*, et ils ont été suivis par d'autres auteurs, mais ils méconnaissaient le texte de la décrétale, qui porte : « Firmiter interdicimus ne Parisiis et in « civitatibus seu aliis locis vicinis *quisquam docere*, vel *audire* jus civile « præsumat. »

[3] Ferrière. t. VII, *loc. cit.;* Terrasson l'a suivi.

dans les pays coutumiers comme dans les pays appelés de droit écrit [1].

Des Universités du moyen âge, le droit romain passa incontinent dans les tribunaux et dans l'application aux relations civiles. La juridiction ecclésiastique, comme on l'a vu, y avait puisé ses moyens d'influence : saint Louis, dans ses Établissements, l'avait regardé comme le droit commun. Philippe le Bel qui, en rendant sédentaires les parlements de Paris et de Toulouse, fonda définitivement l'institution judiciaire et organisa l'appel au roi, créé par saint Louis, voulut que le parlement jugeât, selon le droit écrit, les causes des habitants des provinces régies par le droit commun [2]. Louis X, dans l'ordonnance du 17 mai 1315, dit aussi : « Nous voulons qu'il soit statué par le *droit commun*, à « moins que ceux qui allèguent une coutume ne la prouvent : « *Volumus stari jure communi, nisi illi qui consuetudinem* « *allegarent illam probant.* » — Celles de 1356-1357, rendues par Charles V, en l'absence du roi Jean, et en vertu des remontrances des états généraux, sont dictées par le même esprit. Et ainsi les ordonnances de nos rois des douzième, treizième et quatorzième siècles, jettent dans la société, qui se débat sous l'empire de la féodalité et de la théocratie, le grand principe d'interprétation qui doit resserrer les coutumes dans d'étroites limites, savoir que le droit romain est le droit commun, la coutume l'exception, et que par lui on doit suppléer au silence ou à l'absence de la coutume. — Ce résultat si important pour la civilisation était dû à la rapidité avec laquelle l'enseignement, par les soins de nos rois, avait propagé les lois de Justinien, manifesté leur rapport avec l'équité, avec les relations et les besoins de la

[1] *Ord.* de 1312, t. I, p. 501. Studium generale, præsertim juris canonici et civilis, perpetuum esse volumus et regia auctoritate firmamus. — Dans l'ordonnance, il est dit que, sous les prédécesseurs du roi, « Juris canonici studium et civilis noscitur floruisse retroactis temporibus. » (Voir l'*Hist. de l'Université d'Orléans*, par M. Bimbenet (1853), et mon tome IV, p. 339.)

[2] *Ord.*, 23 mars 1302.

société civile. Et ce mouvement n'existait pas au sein de la France seulement, il faisait tressaillir toutes les nations de l'Europe féodale : « Le droit romain, a dit Dumoulin, est si équitable et si « rationnel, que par l'usage et l'approbation de presque toutes les « nations chrétiennes, il est devenu le droit commun : *Tum est « æquum et rationabile, ut omnium fere christianarum gen- « tium usu et approbatione* commune *sit effectum* [1]. »

Recueillons donc ces résultats : la royauté s'empara de suite de la découverte des lois romaines, comme moyen de civilisation; les deux premières institutions créées par les ordonnances, l'Université de Paris et les Parlements sédentaires de Paris et de Toulouse, se tournèrent promptement vers la lumière nouvelle, pour la recevoir et la réfléchir; l'effet immédiat de leur création fut la propagation et l'application du droit civilisateur.

Ce n'était pas assez pour la royauté d'avoir ouvert cette voie au progrès social. Les institutions, encore imparfaites, qui sortaient de ses mains, ne pouvaient vivre que de sa vie et ne se soutenir que par sa force : il fallait donc que sa propre existence fût solidement établie et que sa durée fût garantie pour l'avenir. La vitalité de l'autorité royale tenait à deux conditions essentielles : son indépendance à l'égard du pouvoir théocratique, sa supériorité de *droit* et de *fait* sur la féodalité.

Philippe-Auguste protesta par son caractère et sa conduite contre les prétentions absolues de la cour de Rome; il répondit au pape qui lui ordonnait de restituer les fiefs confisqués sur Jean-sans-Terre par l'arrêt des pairs de France, que, pour les choses temporelles, le roi de France ne rendait compte qu'à Dieu seul, auquel il était soumis [2] : son royaume fut mis en interdit. Saint

[1] Dumoulin, *Cout. de Paris*, tit. I, n° 110.

[2] Mathieu Pâris, *Chr. ad annum* 1204; et à l'année 1254, le chroniqueur anglais, tout anglais qu'il était, dit en parlant de saint Louis : Dominus rex Francorum *qui terrestrium rex regum est*, tum propter cœlestem unctionem, quum propter sui potestatem et militiæ eminentiam.

Louis, non moins ferme par caractère, laissa (comme on l'a vu plus haut) un monument de l'indépendance du royaume dans la pragmatique-sanction de 1268 ; il sanctionna par elle les libertés de l'Église gallicane; il sanctionna les élections, défendit la levée des tributs que le pouvoir pontifical imposait au monde chrétien, ou ne l'autorisa du moins qu'avec le consentement des tributaires; il garantit aux églises de France leur juridiction, en élevant ainsi une barrière contre la juridiction souveraine de Rome.

Philippe le Bel, qui avait en tête le plus absolu des successeurs de Grégoire VII, ne se contenta pas d'opposer sa propre force aux exagérations menaçantes de Boniface VIII. Il sentit la nécessité de lui opposer plus qu'un roi du quatorzième siècle, et il lui opposa la société elle-même, telle qu'elle commençait à se développer. Devant le pape, qui proclamait hautement *toute créature soumise au souverain pontife*, il éleva le faisceau tout nouveau des volontés sociales, qui, divergentes et presque ennemies sur tant de points, sympathisaient pour la résistance à l'omnipotence romaine. Le premier, en 1302, il convoqua en assemblée générale les trois ordres de l'État; il confia la défense de ses droits au clergé, à la noblesse et au peuple des villes, qui sortait à peine de la liberté des communes. Ce peuple, qui pour la première fois faisait entendre sa voix, n'eut pas le timide bégayement de l'enfance; il trouva aussitôt l'accent viril de l'indépendance : « Supplie et requiert le « peuple de votre royaume que vous gardiez souveraine fran« chise de votre royaume, et que vous ne reconnaissiez de votre « temporel souverain en terre fors que Dieu... C'est grande abo« mination que ce Boniface entend mallement... cette parole de « spiritualité: *Ce que tu lieras en terre sera lié au ciel*, comme « si cela signifiait que s'il mettait un homme en prison tempo« relle, Dieu par cela le mettrait en prison du ciel. »

Dix ans plus tard, ces mêmes états qui avaient assuré l'indépendance de la couronne furent convoqués pour voter les sub-

sides : cette deuxième convocation plus régulière servit de modèle aux assemblées suivantes.

L'aristocratie féodale, en se réunissant aux deux autres ordres de l'État, avait abdiqué ses dernières prétentions à l'indépendance vis-à-vis de la royauté; elle s'était même placée à la suite d'un autre ordre, le clergé. Ainsi la nécessité de résister aux prétentions des papes avait produit et affermi, comme dogmes nationaux, l'indépendance temporelle de la royauté par rapport à la puissance pontificale, et sa supériorité de droit sur les seigneurs terriens qui n'étaient plus qu'un Ordre dans l'État et par conséquent des sujets, quoique sujets privilégiés.

Il faut reconnaître la part qu'a eue le droit romain à la haute manifestation et à l'affermissement du principe de l'indépendance française. Deux légistes, très-versés dans la connaissance des lois romaines, ont été les moteurs de l'éclatante scission avec le pape et ont représenté l'esprit d'indépendance au sein des états généraux : Pierre de Flottes et Nogaret. Ils ont exercé par leurs harangues une influence décisive [1] : pour fonder le dogme politique de l'indépendance et de la nationalité, ils ont invoqué et développé les maximes des lois de Justinien.

En résumé, c'est de la lutte politique contre l'omnipotence ultramontaine qu'est sortie la monarchie tempérée des états généraux;

C'est de la lutte doctrinale du droit romain contre les principes absolus du Saint-Siége qu'est sorti le dogme national de l'indépendance de la Couronne.

La royauté étant assise sur cette base, les ordonnances ont dû maintenir, développer les conditions d'une monarchie indépendante et tempérée, et travailler à en faire pénétrer l'influence dans la société civile.

Mais c'est là que la lutte a été longue, patiente, multiforme,

[1] On peut en voir des fragments étendus dans l'*Histoire constitutionnelle de la France*, par M. Capefigue, t. II.

quelquefois hardie, impétueuse, quelquefois craintive, incertaine; le courage défaillait devant l'obstacle, il se réveillait par l'instinct de la loi providentielle. Les ordonnances ont eu à ressaisir pièce à pièce le territoire du royaume, le domaine de l'État, à créer une administration, à concilier des éléments presque incompatibles, à appeler le sang et la vie des extrémités au cœur, à cimenter, par leurs sages dispositions, la *nationalité française* qu'avaient manifestée les états généraux de 1302 et 1312.

Pour atteindre ce but, il leur fallait attaquer incessamment, détruire ou modifier le droit civil et judiciaire de la féodalité, le droit absolu et la juridiction de la théocratie. — C'est à leur mouvement progressif dans l'une et dans l'autre de ces directions que nous devons d'abord nous attacher, en remontant quelquefois vers les temps antérieurs pour ne pas mutiler l'ensemble des faits.

Après ces longs combats, les ordonnances se mettront plus directement en rapport avec les bases de la société civile, et c'est dans leur tendance à l'organisation que nous devrons ensuite les étudier.

§ Ier. — LUTTE DES ORDONNANCES CONTRE LE DROIT CIVIL ET JUDICIAIRE DE LA FÉODALITÉ, ET CONTRE LE DROIT DE LA THÉOCRATIE.

No Ier. — Lutte contre la féodalité. — Duel judiciaire. — Guerres privées. — Ordonnances de procédure civile du quatorzième au seizième siècle. — Vénalité ; son remède. — Ordonnances sur les personnes et sur les choses.

Le premier besoin des ordonnances était de créer, d'étendre et de multiplier leur puissance d'application, la juridiction royale et les parlements.

Avant l'époque où le parlement de Paris fut constitué, en devenant sédentaire, les *cas royaux* et les *appels au roi*, soutenus ou encouragés par les baillis et sénéchaux, attaquaient sur divers points les justices seigneuriales dans leur dernier ressort et leur inviolabilité. La juridiction ecclésiastique, au treizième siè-

cle, unissait son action à celle de la justice royale des baillis de Philippe-Auguste, et même, comme nous l'avons vu, elle avait eu sur elle l'avantage immense de la priorité et de l'ascendant religieux si puissant sur les peuples du moyen âge. Les tribunaux seigneuriaux des juges armés s'étaient sentis attaqués et incessamment battus en ruines.

La grande institution judiciaire de la féodalité, le duel, avait été appliquée primitivement aux causes civiles comme aux causes criminelles. Le duel avait tellement envahi l'ordre judiciaire, que c'est même par un combat singulier que fut décidée en 942 la question de savoir s'il y avait lieu à représentation dans les successions en ligne directe[1]. Par cette institution, devenue générale, la féodalité entretenait son esprit dominant, la force. Les ordonnances lui livrèrent une guerre opiniâtre; et cependant tel était l'empire de cet usage, qu'il fallait souvent lui faire des concessions. L'ordonnance de saint Louis de 1260, qui fut mise en tête des Établissements de 1270, proscrivit le duel en matière civile et criminelle dans les domaines du roi ; elle défendit de *fausser* les jugements des cours de ses domaines, ce qui entraînait le combat, et permit de demander *amendement*. Les Établissements voulurent, au contraire, qu'on *faussât* le jugement des barons, mais qu'alors l'affaire, portée par appel au roi ou au tribunal suzerain, fût décidée par témoins, sauf en matière de crimes où le duel fut encore toléré[2]. L'exemple de saint Louis eut des imitateurs, et ses prescriptions furent suivies hors de ses domaines. Son fils, en 1274, voulut offrir une garantie de plus à la justice nouvelle, il organisa l'ordre des avocats, il prescrivit leur serment[3] : ils juraient sur les saints Évangiles de n'accepter que des causes justes et d'abandonner celles que, dans la suite, ils trouveraient injustes.

[1] Pasquier, *Recherches*, liv. xxiv, ch. xx ; Danty, *Traité de la Preuve par témoins*, n° 22, p. 34. — *Struvius Script. germ.*, I, 815 (Sigebert).

[2] Montesquieu, liv. XXVIII, ch. xxix. — Mon tome IV sur *les Établissements de saint Louis*, p. 199.

[3] Ordonnance 1274, *Recueil de Néron*, t. I. Quand nous n'indiquons pas d'autres sources, c'est dans ce recueil que nous puisons.

Philippe le Bel, qui voulait agrandir l'institution judiciaire, attaqua fort habilement le duel, qui s'était maintenu en matière criminelle, et pour les cas de parjure et de félonie. Peu d'années avant de donner une base fixe au parlement, il le défendit en temps de guerre ; il l'autorisa seulement en temps de paix par ordonnance de 1296 ; et, la guerre étant alors l'état le plus fréquent, la prohibition s'étendait à la plus grande partie de l'année.

Les appels au roi et au parlement, sédentaire à Paris, devinrent de plus en plus nombreux ; la cour du roi n'eut plus besoin de tenir ses assises périodiques dans les provinces et de provoquer des plaintes que les justiciables des seigneurs n'auraient pas osé faire entendre de loin ; les plaintes, les appels, allèrent trouver la justice du roi. Peu après l'institution du parlement sédentaire, et par les ordonnances de 1303 et 1306, le duel fut défendu en *matière criminelle*, excepté quand le *corps de délit* serait certain ; mais les mœurs publiques firent quelquefois violence au vœu de l'ordonnance, car on trouve encore, quatre-vingts ans après, un arrêt du parlement de Paris (en 1386), qui autorisait le duel dans une accusation d'adultère. Ce duel judiciaire, qui fut accompli avec toutes les solennités entre deux bourgeois de Paris, est le dernier monument de cet usage dans les cours de justice [1].

La noblesse vit avec peine les efforts de Philippe le Bel pour lui enlever l'institution du duel judiciaire, en le restreignant au cas de certitude du corps de délit, ce qui écartait les imputations de mensonge, de parjure, de félonie ou autres de l'ordre moral; et les nobles de diverses provinces, de la Bourgogne surtout, obtinrent de Louis le Hutin, en 1315, une ordonnance qui maintint pour eux l'usage du duel sans restriction de ce genre ; c'était ce même roi cependant qui, la même année (heureuse inconséquence), voulait abolir la servitude par une ordonnance conçue en ces termes : « Nous, considérant que notre royaume est dit et nommé

[1] De Laurière, *sur Loysel*, t. I.

« le royaume des *Francs*, et voulant que la chose soit accor-
« dante au nom, avons ordonné que toute servitude soit ramenée
« à la franchise !... » — Le duel resta dans les mœurs des gentilshommes, mais se retira de la lice judiciaire.

Ce fut par une autorisation spéciale du roi François Ier qu'eut lieu, en 1547, le combat judiciaire entre Jarnac et la Chataigneraye, combat qui arracha au futur Henri II, ami de la Chataigneraye, le serment qu'il n'accorderait à personne une permission de ce genre ; serment qu'il aurait dû étendre, s'il avait pu prévoir sa destinée, à ces exercices d'armes « éloignés de
« toute cruauté et violence, faits pour inciter les jeunes à vertu, » comme dit le cartel du 22 mai 1559, pour le tournoi dont il fut la regrettable victime[1].

L'usage des guerres privées, triste et sanglant corollaire du *jugement de Dieu*, duel de familles, de baronnies, de provinces, ne fut pas moins difficile à déraciner que le duel judiciaire.

Les tentatives pour l'abolir remontent au onzième siècle. Un évêque d'Aquitaine, en 1020, à l'époque de la grande peste, publia qu'il avait reçu du ciel un écrit apporté par un ange ; que cet écrit céleste ordonnait à chacun de faire *la paix en terre*, pour apaiser la colère de Dieu qui affligeait la France de maladies extraordinaires. Cette pieuse fiction donna lieu à des conciles, qui défendirent à toutes personnes de s'armer en guerre pour venger la mort de leurs parents, ordonnèrent aux fidèles de jeûner le *vendredi* au pain et à l'eau, et de s'abstenir de chair le *samedi*, sous peine d'excommunication[2]. La paix générale dura sept ans, mais les guerres reprirent ; l'Église, en 1041, transigea avec la violence, et n'obtint que la *trêve de Dieu* : et, depuis, les guerres recommencèrent avec acharnement. En 1180, un homme du

[1] Du Cange donne le cartel de 1559 *in extenso*, VIIe *dissertat. sur saint Louis*, p. 180.

[2] De Laurière, *Préf. ord. du Louvre*, t. I ; il cite Sigebert et Baldricus.

peuple, un charpentier de la ville du Puy (en Velay), assura que Jésus-Christ et la Vierge lui avaient apparu et ordonnaient la paix[1]. Le bruit de cette miraculeuse apparition se répandit avec rapidité. Les prélats et les seigneurs jurèrent d'oublier leurs injures réciproques et s'associèrent dans une confrérie appelée la *confrérie de Dieu*, pour protéger les personnes : avec un chaperon qui était censé venir du fameux charpentier Durand, toute personne était inviolable. Le miracle perdit aussi son pouvoir. Saint Louis, en 1235, suspendit les guerres pendant les quarante jours qui suivaient le crime ou l'offense, ce qui s'appela la quarantaine-le-roi, ou trêve royale. Les Croisades firent longtemps cesser le fléau qui avait désolé les villes et les campagnes; mais le fléau reparut encore après les guerres d'Orient; et le concile de Latran dut étendre à toute l'Europe, en 1279, la *trêve de Dieu*, qui ne permettait le combat que dans certains jours de la semaine.

Il ne fallut rien moins que les malheurs de Crécy et la désolation du royaume, pendant la captivité du roi Jean, pour éteindre sans retour l'usage des guerres privées. Les états généraux de 1356 sentirent le besoin de se réunir contre l'Anglais, maître d'une partie de la France, et l'ordonnance du régent (duc de Normandie) porta que les *guerres privées cesseraient pendant la guerre générale*. Bientôt les seigneurs furent dans l'impuissance de se faire la guerre pour leurs querelles particulières; car, tandis que Marcel et l'évêque de Laon livraient Paris à la sédition, la Jacquerie se formait, se levait dans les campagnes, et déjà de ses hordes dévorantes elle enveloppait les châteaux et les villes, elle déchaînait toutes les fureurs. Poussés par un sauvage instinct de destruction, ces serfs farouches, qui faisaient rôtir un seigneur au foyer féodal pour en faire manger des lambeaux aux filles, aux femmes qu'ils avaient souillées par le viol, se disaient envoyés pour exterminer tous les nobles. Il fallut donc aux nobles une vaste association européenne pour échapper aux

[1] De Laurière, Ordonn., t. I.

ravages et arrêter le torrent. Les horreurs de la Jacquerie entraînèrent dans leur cours les derniers débris de l'usage féodal des guerres privées; et, en 1413, une ordonnance de Charles VI les défendit sous peine d'emprisonnement, de confiscation; et même, si le juge ne pouvait saisir le contrevenant, les poursuites se dirigeaient contre ses vassaux. Le roi abolit tout privilége contraire.

Les ordonnances, qui avaient à créer des institutions judiciaires sur un sol si longtemps arrosé de sang, se multiplièrent avec rapidité. On trouve un ordre, une gradation presque logique dans leur marche. Il fallait des formes nouvelles pour appliquer de nouvelles institutions. Les premières nécessités étaient la garantie de la possession contre les voies de fait, et des formes de procédure pour la mise en action de la justice.

La *complainte possessoire* fut réglée par une ordonnance de Philippe de Valois (22 septembre 1347). Vers la fin du treizième siècle, un arrêt du parlement avait statué « que les « plaintes de *nouvelle dessaisine* n'iraient pas au parlement, « mais que chaque bailli ou sénéchal, dans sa baillie ou séné« chaussée, appelant avec lui des hommes de bien, se transpor« terait sur le lieu du débat et s'informerait, sans bruit, si la « dessaisine, l'empêchement, le trouble, étaient nouveaux; et « que, s'il en était ainsi, il ferait aussitôt ressaisir le lieu, le met« trait sous la main du roi (*in manu regis*), et puis ferait droit « aux parties[1]. » Mais cette procédure des premiers temps, qui représentait l'usage observé aussi dans l'ancienne Rome, s'était compliquée de lenteurs et de formes embarrassées. Philippe de

[1] *Querelæ de novis dessaisinis non veniant in parlamentum, sed quilibet baillivus in baillivia sua, vel seneschalus in seneschalia sua, vocatis secum bonis viris, adeat locum debati, et sine strepitu sciat si sit nova dessaisina seu impedimentum et turbatio. Et si invenerit ita esse, statim faciat ressaisiri locum et accipiat in manu regis, postea faciat jus partibus.* — Choppin, *Cout. de Paris*, t. III, p. 322. — Sur la saisine et la dessaisine, voir mon *Histoire du Droit*, t. VI, p. 394.

Valois voulut la rappeler à sa première simplicité, et il s'adressa *à tous les justiciers* de son royaume pour que l'on observât inviolablement le style et l'usage antiques : « *Dictos usum et stylum antiquitus observatos et merito approbatos teneatis et « inviolabiliter observetis.* » Selon la forme qu'il rappelle et confirme dans son ordonnance, lorsque quelqu'un se plaignait d'avoir été troublé dans sa possession ou saisine, injustement et nouvellement, il présentait au juge des lettres royales de nouvelleté (*litteræ nostræ in casu novitatis vobis... præsententur*) ; le juge les remettait à quelqu'un de ses sergents[1], pour qu'elles fussent exécutées, et commettait le même sergent par lettre ou autrement, afin qu'il convoquât ou ajournât les parties sur le lieu contentieux, si le cas dénoncé demandait l'inspection ; là, en présence des objets, le demandeur qui avait obtenu les lettres faisait sa plainte contre le défendeur, suivant la teneur des lettres : aussitôt le défendeur devait ou s'opposer ou céder. L'opposition étant faite, le sergent devait rétablir le défendeur dans sa possession, s'il avait été expulsé ou lésé autrement, avant d'être reçu à opposition. Les lieux étant ressaisis, le sergent devait mettre la chose sous la main du roi, et par la main du roi il faisait *la recréance*, s'il y avait lieu (*et per eamdem manum facta recredentia, si et ubi foret facienda*)[2]; alors il assignait à jour certain devant juge compétent ; et tout cela devait être fait par le sergent dans le même jour, dans la même heure, sans aucune forme de jugement[3]. L'ordonnance, comme on le voit, autorisait l'usage de la recréance, qui devint ensuite une source de procès particuliers sur la possession, jusqu'aux modifications qui furent établies par l'ordonnance de 1539, dont nous parlerons plus bas.

Philippe VI, en 1332, régla les appellations au parlement, fixa

[1] *Alicui servienti;* selon Pasquier, le mot sergent vient donc de *serviens*.
[2] C'est-à-dire qu'il rendait la chose à l'une des parties, ordinairement à celle qui formait opposition à la complainte.
[3] *Uno die, una hora, sine aliqua figura judicii.* — Texte dans Choppin, t. III, p. 322.

le délai de trois mois pour intimer juges et parties sous peine de déchéance, et retrancha l'abus par lequel on prolongeait indéfiniment les procès. — L'ordonnance de 1356 établit l'ordre selon lequel les causes seraient plaidées, supprima les exoines et lettres de privilége, défendit les transactions sur crime, quand la justice serait saisie, et les cessions de créance ou de procès aux personnes puissantes. Celle de 1394 autorisa le témoignage des femmes en matière civile et criminelle.

« L'accroissement des cours judiciaires dans les quatorzième et quinzième siècles fut prodigieux (dit un auteur moderne) : les parlements, les bailliages, s'étaient constitués sur une large échelle ; les temps étaient passés où la vaillante génération féodale dédaignait les plaids de justice, les cours de clercs en robes noires ou violettes ; une espèce d'engouement pour les us et coutumes de justice, pour les formules de jurisprudence, dominait la société ; un clerc ès-lois, un chevalier *in utroque jure*, obtenaient la même importance, une considération plus grande peut-être que les vieux châtelains, débris glorieux de l'organisation féodale : on ne parlait que de *digeste* et de *bonnes coutumes*, de *commentaires* et de *gloses;* tout s'imprégnait de cet esprit, tout se formulait en procès, en cours judiciaires.... Cet esprit de judicature se manifeste dans les institutions féodales, dans les jeux d'amour et de chevalerie : c'est dans ces temps que s'organisent les cours d'amour avec leurs présidents, leurs conseillers, leur rapporteur, leur greffier, leur procureur général : tous les cas d'amour s'y décident par le code, le digeste ; *Martial d'Auvergne* en a recueilli les arrêts, et *Benoît de Cour* les a commentés [1].

« .... Ces habitudes prouvent l'engouement général pour les formules de judicature ; c'est dans les quatorzième et quinzième siècles que s'organisent toutes les corporations qui tiennent au barreau, la bazoche des clercs, les priviléges des avocats, procureurs, et par-dessus tout la puissance politique des parlements.

[1] *Arresta Amorum*, recueil de Martial d'Auvergne, procureur au parlement et notaire apostolique (1440-1508), imprimé en 1528.

Les états généraux disparaissant ou ne se réunissant plus qu'à de longs intervalles, il était dès lors naturel qu'un pouvoir toujours institué, en résidence continuelle, s'emparât d'une large autorité dans la constitution de l'État[1]. »

Mais, si l'esprit judiciaire se répandit avec force dans les quatorzième et quinzième siècles et leur imprima son caractère, c'est surtout au seizième que le mouvement progressif se fit sentir dans les ordonnances, et tendit à comprimer de plus en plus le système judiciaire de la féodalité.

Louis XII et François Ier, pour dissiper des incertitudes fatales aux relations civiles, limitèrent le cours de plusieurs actions : Louis XII établit la prescription décennale des actions en rescision pour cause de dol, lésion ou violence, la prescription quinquennale pour les arrérages des rentes non foncières, celle de six mois pour les ventes de marchandises[2]; François Ier ordonna qu'après dix ans de majorité les majeurs ne pourraient réclamer contre leurs actes ou ceux de leurs tuteurs, soit par voie de nullité, soit par voie de rescision[3].

Une ordonnance rendue en octobre 1535 pour la Provence, mais généralisée par l'usage des divers parlements, contint des règles très-précises sur les personnes et les fonctions des conseillers, des gens du roi, des avocats, des procureurs et des sergents, et sur les devoirs des notaires; elle détermina la procédure qui serait suivie dans le ressort du parlement d'Aix et établit, sur le possessoire, des règles qui défendaient de le cumuler avec le pétitoire[4], de surseoir à l'exécution des jugements sur complaintes, d'employer en matière possessoire la proposition d'erreur[5].

L'édit de Crémieux (1531, François Ier) resserra les justices seigneuriales dans des limites précises. Celui de 1537, par l'institution des prévôts comme juges spéciaux, relativement aux héri-

[1] *Histoire constitutionnelle de la France*, par M. Capefigue, t. III, p. 44.
[2] *Ord*. 1510.
[3] *Ord*. 1539.
[4] Ord. 1535, ch. IX.
[5] Même Ord., ch. I, art. 96.

tages roturiers possédés par des nobles ou non nobles, enleva un aliment abondant aux tribunaux des seigneurs.

L'ordonnance de Villiers-Cotterets 1539 ne voulut pas que la non-comparution du pauvre ou de l'absent lui fût fatale; elle statua que les droits du demandeur seraient vérifiés, quoique le défendeur ferait défaut. Elle traça la procédure sommaire des actions possessoires, défendit de séparer les jugements de *recréance* et de *maintien de possession*. La recréance faisait une instance à part pour la possession provisoire de l'objet litigieux entre plusieurs qui prétendaient à la possession. Le possesseur par récréance profitait des fruits et prolongeait le procès pour prolonger la durée de sa jouissance. La recréance ne fut plus qu'un séquestre de la chose litigieuse entre les mains d'une des parties, mais à la charge d'en donner caution. — Dans cette ordonnance, François I[er], s'occupant de l'exécution des jugements, voulut qu'on pût saisir indifféremment les meubles ou les immeubles des débiteurs, excepté ceux des femmes et des mineurs; leurs meubles devaient être discutés avant toute poursuite immobilière.

L'ordonnance de 1551 (Henri II) organisa les grands moyens d'exécution, les *saisies* et les *criées*. Celle d'Orléans (1560) institua les sergents royaux, leur droit à faire des commandements *de par la justice*, droit qui souffrit tant d'obstacle de la part des seigneurs qui voulaient empêcher l'effet des jugements rendus contre eux.

Cette ordonnance d'Orléans, œuvre du chancelier de l'Hôpital, était pleine de vues d'amélioration. Elle abrégea la procédure en distinguant les affaires sommaires des autres, en autorisant la comparution personnelle des parties, en supprimant les lettres de répit, en faisant courir les intérêts du jour de la demande. Celle de Roussillon[2], émanée de la même source, se dirigea vers le même but : elle régla les formes de l'ajournement, elle établit la péremption

[1] Ordonnance d'août 1539, œuvre du chancelier Poyet, commentée en latin et en français par le procureur général Bourdin (1575-1578).

[2] Janvier 1563. Ord. de Roussillon, en Dauphiné, près de Vienne.

d'instance, de plein droit, par la discontinuation des poursuites pendant trois ans; elle fixa le commencement de l'année au 1er janvier. Dans une autre ordonnance de la même année, le chancelier de l'Hôpital emprunta aux lois romaines la formalité de la consignation préalable pour toute action[1]; mais cette formalité, inspirée par le désir d'éviter la multiplication des procès qui croissaient dans une proportion effrayante, était un privilége en faveur du riche; elle tomba bientôt devant la nécessité d'ouvrir au faible et au pauvre le temple de la justice.

Au milieu du seizième siècle, les appels abondaient de toutes parts aux divers parlements, et les frais dévoraient les plaideurs. L'édit de janvier 1551 [2] écarta des parlements toutes les causes d'un intérêt médiocre, en créant trente-deux présidiaux qui devaient juger en dernier ressort, jusqu'à la valeur de cinq cents livres; et leur nombre fut augmenté par la suite. Mais, comme plusieurs villes étaient régies par diverses juridictions, il fut réglé qu'il n'y aurait dans la hiérarchie judiciaire qu'un seul degré de première instance, pour chaque siége; les juges du roi et les juges seigneuriaux devaient alterner tous les ans dans les territoires mi-partis de justices féodale et royale, d'après l'ordonnance de Roussillon de 1563.

Sous François Ier et le chancelier Duprat s'était établi en 1552 l'énorme abus de la vénalité des charges de judicature : les besoins de l'État, augmentés sans cesse par des prodigalités de tout genre, avaient inspiré cette pensée immorale de battre monnaie avec les offices, et d'attacher au domaine du roi une immense manufacture de charges et de fonctions vénales[3]. Les chanceliers, qui,

[1] *Ord.*, novembre 1563.
[2] Henri II. Édit de janvier 1551 (pour 1552). Isambert, XIII, p. 248.
[3] Un reste de pudeur avait survécu dans la forme ; les magistrats entrant au parlement prêtaient *le serment qu'ils n'avaient pas acheté leurs offices :* et, pour échapper au remords ou à la honte du parjure, on supposait qu'en achetant leur charge ils avaient fait *un prêt à l'État* (ord. d'octobre 1535, ch. I). Ce n'est qu'en 1597, à l'assemblée de Rouen, qu'on résolut d'abolir ce parjure. (*Voir* Loyseau, *Offices*, liv. I, ch. IV.)

depuis celui de François Ier, furent mis à la tête de la magistrature, cherchèrent à combattre les conséquences de la vénalité; quelques-uns songèrent à la déraciner; mais l'abîme à combler, dans ce dernier cas, eût été trop profond peut-être pour les finances de la monarchie. De l'Hôpital, qui, dans son traité de la réformation de la justice, a stigmatisé la vénalité des charges, n'a pu, dans les ordonnances émanées de sa sagesse, réaliser les pensées qui occupaient ses méditations solitaires : du moins, il combattit heureusement les effets les plus désastreux que la vénalité entraînait à sa suite. L'ordonnance de Moulins, de 1566, prépara pour l'avenir de bons magistrats en exigeant les élections ou présentations par les parlements et les siéges inférieurs. L'honneur des corporations judiciaires fut remis en leurs mains; et les magistrats, élevés sur leurs siéges, étaient intéressés à n'admettre que des hommes capables d'en maintenir ou d'en rehausser l'éclat. Cette prérogative donnée aux parlements contrebalança efficacement le privilége de la richesse qui aspirait à couvrir l'ignorance de la pourpre parlementaire. Les magistrats, soumis déjà, par les édits de 1546 et 1547, à un examen préalable, n'entraient dans le sanctuaire qu'en donnant à la corporation dont ils devenaient membres et à la société, en général, la double garantie d'une capacité réelle et d'une moralité pure : aussi la magistrature, après les désordres des premiers moments, se conserva-t-elle imposante de science et de dignité, malgré le legs d'immoralité que lui avait fait le chancelier Duprat. Elle mit en pratique ce beau précepte de l'édit de Louis XII, de mars 1498, qui lui défendait *d'obéir aux ordres du roi et lettres contraires aux ordonnances.*

Au milieu de ce travail de réforme judiciaire, les ordonnances attaquaient, mais plus timidement, dans les choses et dans les personnes, le droit civil de la féodalité.

Elles l'attaquaient *dans les choses* et les intérêts matériels :

En effet, par l'ordonnance de 1539, le droit d'asile pour les débiteurs et pour les criminels fut supprimé; par celle de Rous-

sillon, la justice des seigneurs perdit son droit de suite sur les hommes de la seigneurie accusés d'un crime commis hors de son territoire; elle ne put les réclamer comme ses justiciables; le juge du lieu fut créé le juge du délit.

Selon l'ordonnance de Moulins, ceux qui tiendraient fort en leurs maisons et châteaux contre la justice du roi devaient subir la confiscation et de la place et des droits de justice. Les priviléges des terres furent modifiés; l'ordonnance de Blois déclara[1] que les roturiers, achetant fiefs nobles, ne seraient plus anoblis. Louis XI, pour arriver au même but d'affaiblir les priviléges de noblesse, avait employé un moyen tout contraire: en Normandie il avait anobli tous ceux qui possédaient des fiefs, et leur postérité[2].

Les seigneurs, abusant de leur force et de la faiblesse des communautés d'habitants, ou de ceux qui défendaient leurs intérêts, s'emparaient des communaux: les ordonnances d'Orléans et de Blois défendirent les entreprises des seigneurs, conservèrent aux vassaux et aux communautés les biens indivis dont ils jouissaient. Les arrêts des cours de parlement (1535-1552) autorisèrent les seigneurs à donner à cens et à rentes les terres *hermes* et *vaines*, mais exceptèrent les communaux. — Ces terrains furent regardés comme une propriété sacrée pour les communautés, et l'ordonnance de 1579 en défendit expressément l'aliénation.

L'inaliénabilité du domaine de la Couronne devint aussi un dogme politique et judiciaire. La révocation des dons faits aux puissants ébranla l'aristocratie territoriale. C'est Philippe le Long qui le premier, par ordonnance du 29 juillet 1318, révoqua les dons faits par son père et son aïeul. La révocation des aliénations fut aussi prononcée par l'ordonnance de 1356, rendue sur les remontrances des états-généraux. Sous Charles V s'établit, à l'occasion de la cession faite par le roi Jean et du traité de Bretigny, la maxime que « nulle partie du territoire français ne pouvait

[1] *Ord*. 1579, art. 258.
[2] De Laurière, *sur Loysel*.

« être cédée ni échangée par le roi sans la ratification des états « généraux ; » et la maxime de l'inaliénabilité du domaine de l'État, déposée dans l'ordonnance du 25 mai 1413, œuvre passagère de ces temps orageux, déclarée par les états généraux de 1484, reproduite dans une déclaration de François Ier du 30 juin 1539 publiée mais en vain de son exprès commandement, fut érigée en loi précise par l'ordonnance de Moulins (1566)[1].

La réunion du domaine privé, possédé par le prince lors de l'avénement à la couronne, fut aussi positivement établie par l'ordonnance : il y avait droit de *dévolution* au profit du domaine de l'État. Henri IV et Louis XIV, malgré l'ordonnance, voulurent d'abord empêcher cette réunion et se conserver un domaine privé ; mais ils reconnurent ensuite que la réunion était de plein droit et qu'elle n'avait pas besoin d'être exprimée. Les jurisconsultes disaient qu'il y avait entre le roi et sa couronne un *mariage saint et politique :* l'édit de Henri IV, de juillet 1607, employa ces expressions.

Le domaine de la couronne fut déclaré inaliénable, mais il y eut deux exceptions : 1° la constitution de l'apanage d'un fils puîné de France, avec condition de retour à la couronne à défaut d'héritier mâle ; 2° la nécessité de la guerre : — l'aliénation était alors faite sous la condition de rachat perpétuel, et appelée *engagement.*

Les bois de haute futaie furent mis dans un cas exceptionnel ; ils ne pouvaient être aliénés dans les deux cas ou l'aliénation était

[1] L'ord. du 25 mai 1413, œuvre de l'Université et du corps de ville de Paris, mais inaugurée par la faction dominante des *Cabochiens* et appelée ordonnance cabochienne, fut révoquée et déchirée par Charles VI, en son lit de justice, le 5 septembre 1413 ; elle contient 258 articles sur diverses matières (domaine, justice, chancellerie, eaux et forêts, gens d'armes). — Utile comme monument historique, elle n'a pas eu de valeur comme monument législatif (*Ord. du Louvre*, t. X, p. 140. Isambert, t. VII, p. 283). — La déclaration de 1539 portait qu'on ne pourrait s'aider d'aucune prescription, même centenaire, pour s'attribuer les droits et le domaine du roi ; mais J. Bacquet atteste qu'elle n'a jamais été suivie, *neque in consulendo, neque in judicando* (Bacquet, *Droit de deshérence*, ch. VII, n° 6).

permise pour les autres parties du domaine. Il ne pouvait s'en faire aucune coupe sans lettres patentes enregistrées au parlement; et défense était faite aux possesseurs légitimes du domaine de toucher aux futaies, sous peine de dommages et intérêts.

Les *Engagistes* devinrent une classe particulière de possesseurs contre lesquels les ordonnances garantissaient la perpétuité du domaine de la couronne.

Les substitutions indéfinies, élément aristocratique qui enchaînait l'avenir au passé en frappant d'immobilité les propriétés territoriales, perdirent au contraire leur perpétuité dans les familles; elles ne purent plus s'étendre, d'après l'ordonnance de 1560, au delà du second degré, outre l'institution : celle de Moulins réduisit au quatrième degré les substitutions non ouvertes, qui remontaient par leur titre à une époque antérieure à 1560.

Les ordonnances attaquèrent aussi le privilége *des personnes* après celui des choses; mais là se trouva ou plus de résistance d'une part, ou, de l'autre, plus de timidité.

Le seigneur féodal qui saisissait le fief de son vassal fut obligé de préciser le droit en vertu duquel il saisissait; et le vassal put le citer en opposition devant la justice royale[1].

L'ordonnance de Blois (1579) défendit aux seigneurs les *extorsions de titres et compromis,* ainsi que les exactions sur les terres et sur les hommes de leurs fiefs; elle brisa dans leurs mains le droit de disposer des filles et des nièces de leurs vassaux, d'enchaîner la liberté des mariages, et punit l'oppresseur comme coupable de rapt de violence.

Mais là s'arrêta leur action sur les rapports personnels.

Passons donc au second caractère de la lutte des ordonnances, celui relatif au droit ecclésiastique.

[1] *Ord. de Roussillon,* 1563.

N° II. — Lutte des Ordonnances contre le droit et la juridiction ecclésiastique.

Un édit fameux de 1550, appelé édit des *petites dates*, sous Henri II, attaqua un abus scandaleux, source abondante de richesses pour la cour de Rome.

Il se faisait à Rome, par l'intermédiaire des notaires et banquiers apostoliques, un commerce frauduleux des investitures de bénéfices.— La cour de Rome recevait plusieurs fois des sommes d'argent pour l'investiture d'un seul bénéfice, et plusieurs impétrants se trouvaient investis, en même temps, de l'autorisation qu'ils avaient achetée pour prendre possession du bénéfice. Voici la source de cet abus : les procurations des bénéficiers pour résigner n'avaient de force que pour *un an* et dans le cas seulement où le bénéficier n'était pas mort dans la quinzaine de l'acte ; les banquiers apostoliques falsifiaient les dates, ou remplissaient, après la mort du bénéficier, la date en blanc, et employaient la procuration antidatée. La chancellerie romaine recevait ainsi à diverses époques et de différentes mains les sommes offertes par les prétendants. L'édit *des petites dates* éleva une barrière contre cet abus ; il mérita d'être commenté par Dumoulin qui écrivit son commentaire avec une âpreté toute luthérienne. Ce commentaire eut un long retentissement, et le connétable de Montmorency, en présentant Dumoulin à Henri II, disait : « Sire, ce que Votre Majesté « n'a pu faire exécuter avec trente mille hommes, de forcer le « pape Jules à lui demander la paix, ce petit homme l'a achevé « avec son petit livret. »

Nous avons déjà vu, en traitant du droit canonique, les ordonnances travailler puissamment, à partir du quatorzième siècle, à enlever aux papes et à la juridiction ecclésiastique leurs différentes usurpations ; il fut établi en maxime, d'après le droit des ordonnances, que l'Église n'avait ni *territoire*, ni *fisc*, et par

conséquent ni juridiction criminelle, ni peine d'amende ou confiscation.

Les rois, en reprenant sur les cours d'Église de nombreux empiètements, ne laissèrent subsister une partie de la juridiction ecclésiastique qu'à titre *de concession*; et nous avons déjà déterminé les limites précises où les concessions s'arrêtèrent. Les grandes ordonnances du seizième siècle (1560-1579), rendues sur les cahiers des états généraux, contiennent de nombreux articles qui ont pour objet d'établir plus profondément ou de maintenir ces lignes de démarcation entre les juridictions civile et ecclésiastique. Toutefois l'ordonnance de Blois, comme on le verra, fit une grande place au droit canonique en matière de mariage.

§ II. — DIRECTION DES ORDONNANCES VERS L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE.

Observations générales et division.

Les ordonnances, en entrant dans la société du moyen âge, ont eu d'abord à lutter contre des obstacles, à détruire les barrières que la société féodale et le pouvoir théocratique élevaient devant leur mission civilisatrice. Mais après ces premiers efforts, d'autres vues ont dû les diriger; à leur travail contre le passé a dû s'associer un travail pour l'avenir. Une pensée d'organisation a jeté sa lumière sur les bases mêmes de la société civile; et ce n'est rien moins que la grande pensée de l'unité de législation qui dicta l'ordonnance de Charles VII, de 1453, sur *la rédaction des coutumes*[1]. A peine libre des entraves de l'étranger, la royauté, qui se sentait bien au-dessus de la puissance féodale, voulait préparer les matériaux d'un grand édifice où le droit coutumier et le droit romain pussent trouver leurs points de rapprochement: pensée d'une grande hardiesse, mais qui s'élevait trop

[1] C'est une remarque de Dumoulin et de d'Aguesseau.

au-dessus du quinzième et du seizième siècles pour qu'elle pût se réaliser dans un état social mêlé de tant d'éléments et hérissé encore de tant d'obstacles. Toutefois la pensée de l'unité n'a pas lui sur la société pour disparaître ; aux seizième, dix-septième, dix-huitième siècles, elle remuera profondément quelque homme supérieur, jusqu'au moment où elle pourra s'accomplir. Les coutumes à peine rédigées, Dumoulin en fera la vaste revue, marquera de sa réprobation les dispositions vicieuses, et cherchera dans ses conférences, comme l'objet le plus important pour la chose publique, les rapports qui doivent conduire à l'unité [1].

Si la science ne peut de longtemps encore atteindre ce but, elle inspire du moins aux rois et aux magistrats du seizième siècle un projet qui semble plus facile à exécuter : la réforme des coutumes rédigées. Mais une réforme fondamentale, à en juger par l'événement, n'était guère plus facile à réaliser que la pensée de l'unité. La réforme eut lieu, avec grand appareil, pour la coutume de Paris, en vertu d'une ordonnance de Louis XII. Les trois ordres de la province envoyèrent des députés et nombreux et distingués : parmi les commissaires à la rédaction se trouvaient des jurisconsultes d'un grand mérite, comme A. Loysel, l'auteur des *Institutes coutumières*; Christophe de Thou présidait l'assemblée : et cependant les réformateurs se bornèrent à corriger quelques traditions surannées, à modifier des expressions défectueuses, à insérer dans les dispositions de la coutume divers points de jurisprudence fixés par arrêts du parlement. Quelques contrées suivirent l'exemple de Paris; mais la révision y fut incomplète et purement locale : la société n'était pas mûre pour que la réforme pût attaquer le fond des choses et prendre le

[1] *Porro nihil laudabilius, nihil in tota republica utilius et optabilius quam omnium diffusissimarum et ineptissime sæpe variantium hujus regni consuetudinum in brevem, unam, clarissimam et æquissimam consonantiam reductio* (Dumoulin, V. *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciæ*). — *Non solum igitur nihil impedit, sed tum eadem origo, tum conformitas in generibus singulorum, manifeste convincit eadem consuetudine nos uti posse*, tome II, p. 690.

caractère de la généralité. D'Aguesseau même, deux siècles plus tard, recula devant la pensée d'une réforme générale.

Dans la société, à l'époque qui nous occupe, il se fait un mouvement et un travail immenses : les mœurs ont subi des modifications profondes, les relations civiles se sont multipliées, le commerce et l'industrie sont devenus des puissances; la science s'est appropriée tous les monuments de l'antiquité; la science du droit surtout s'est élevée à toute sa hauteur. Un jour, le cri de la réforme religieuse a été poussé en Allemagne; d'énergiques protestations ont retenti contre la cour de Rome : le seizième siècle s'est levé sur l'Europe, et avec lui l'aurore sanglante des guerres de religion. — Mais la liberté apparaît à peine dans le monde religieux, que déjà son souffle se fait sentir dans le monde politique et civil. La présence de la liberté suscite une grande réaction: le catholicisme effrayé convoque des conciles, accueille avec empressement le secours d'un ordre monastique, créé sur un plan vaste et mystérieux, pour combattre l'esprit nouveau, pour défendre sur tous les points les doctrines et le pouvoir du Saint-Siége. — Le crime d'hérésie trouvè jusque dans les parlements des juges impitoyables; l'information secrète s'attache aux actes, aux pensées, aux sentiments de chaque famille, pour transformer le soupçon en crime.

L'inquisition était restée en France après la guerre des Albigeois; elle avait conservé à Toulouse son siége principal [1]; elle s'était étendue aussi dans le nord de la France. En présence de la réforme, l'inquisition fut de nouveau proposée à la royauté; elle paraissait aux chefs de la Ligue le seul obstacle possible au torrent de l'hérésie. Sous Henri II, elle se glissa dans la société en revêtant une forme douteuse; sous le règne passager de Fran-

[1] Jusqu'au dix-huitième siècle, un membre du chapitre de la cathédrale de Toulouse a conservé la charge, au moins honorifique, de grand inquisiteur sur les Albigeois. — Sur la législation relative à l'inquisition dans le Midi au moyen âge, voir mon *Histoire du droit*, tome V, p. 316 et suiv.

çois II et la domination plus durable des Guises, elle se montra à découvert et demanda son acte de naturalité. Un homme de cœur, Michel de l'Hôpital, siégeait au conseil du roi (1560). L'exigence des dominateurs du conseil était si puissante qu'il ne songea pas à la briser sur-le-champ; il eût succombé; et, sur ces hauteurs si orageuses et si menaçantes, l'humanité eût perdu son unique représentant. En détournant le danger pour le moment, il le dissipa pour l'avenir. Il rédigea l'édit de Romorantin qui déférait le crime d'hérésie au tribunal des évêques, mais attribuait aux présidiaux la connaissance des assemblées illicites. C'était séparer deux choses réellement inséparables, puisque l'accusation d'hérésie naissait le plus souvent de l'assistance à une assemblée religieuse qualifiée d'illicite ; l'édit était inexécutable; il ne put en effet être exécuté; et c'est ce que l'Hôpital avait voulu : une loi, en elle-même impuissante, fut un frein pour le fanatisme. Il fallut convoquer de nouveaux conseils, et bientôt les états généraux, tenus à Orléans, produisirent, sous les inspirations de l'illustre chancelier, la belle ordonnance de 1560 et l'édit de tolérance de 1561.

C'est dans cette époque si grande, si agitée, si violente, que nous avons à suivre le travail des ordonnances appliqué à l'organisation de la société civile ; ce qui nous donne à examiner les ordonnances dans leurs rapports :

1° Avec l'intérêt général des citoyens, considérés dans leurs relations privées ;

2° Avec les fondements et l'ordre des familles;

3° Avec les éléments nouveaux du commerce et de l'industrie ;

4° Avec l'empire exercé par le droit coutumier et par le droit romain.

Enfin nous aurons aussi à jeter un coup d'œil sur les anomalies des ordonnances, par rapport à leur but élevé d'émancipation sociale et de civilisation.

N° I. — Monuments et garanties des relations privées.

La société avait pris un tel accroissement, les relations entre les personnes, à l'occasion des *choses*, s'étaient tellement multipliées, qu'il était devenu essentiel de donner à ces relations un caractère de fixité et de déterminer la forme des actes qui devaient conserver le souvenir et la preuve de la volonté des parties.

Avant l'époque que nous avons prise pour point de départ des ordonnances, dans les premiers âges de la monarchie, on distinguait les actes publics et authentiques (*notitias publicas*) des actes privés (*notitias privatas*) : les premiers se faisaient devant les évêques ou les juges ; les autres étaient passés devant un notaire, qui alors était une *personne privée*, et devant des témoins qui, en France, ne signaient pas l'acte. Mais cette dernière forme était peu en usage ; avant le onzième siècle [1], on ne trouve qu'un bien petit nombre *d'actes privés* de cette nature. — Les actes authentiques passés devant l'évêque ou le juge n'étaient signés de personne ; on les écrivait sur deux peaux de parchemin, et on en donnait une d'égale grandeur à chaque partie (d'où *chartas pariclas* ou *pariculas*, du latin *par*) [2]. Il n'en restait point d'original dans les archives, à moins qu'il ne s'agît de choses très-importantes. Mais une copie sans signature pouvait être facilement falsifiée ; on imagina d'écrire l'acte sur la même feuille, en deux colonnes séparées par un intervalle que l'on remplissait de lettres de l'alphabet ou de passages de l'Écriture sainte en gros caractères, et l'on donnait à chacune des parties une moitié qui portait ainsi le signe de sa sincérité. On les multipliait, du reste, selon le nombre des contractants, et quelquefois

[1] Selon l'attestation de l'auteur du *Traité de re diplomatica*. et de Danty. — *Voir* Danty, sur *Boiceau, Preuve testimoniale*, p. 35.

[2] Bignon, *sur les Formules*, et Danty, p. 35.

on coupait les colonnes séparatives en spirale ou en ligne oblique: de là est venu ce qu'on apppelait en Guienne charte-partie. Cet usage avait été pratiqué par les Romains; et selon Danty, il était observé dans le treizième siècle, en 1220, au temps du jurisconsulte Tancrède [1].

Les actes privés, dont nous avons parlé, furent introduits en France à l'occasion des donations qui n'étaient accomplies d'abord que par la tradition *réelle :* pour faire foi de ce qu'elles embrassaient, on fut obligé de dresser un acte par écrit; le donateur marquait par autant de croix le nombre de témoins qui avaient assisté à l'acte, et qui, en cas de différend, venaient rendre de vive voix témoignage de ce qui s'était passé devant eux. C'est vers les onzième et douzième siècles que les actes privés devinrent plus fréquents; ils n'étaient signés de personne, pas même du notaire; celui-ci se contentait d'y exprimer les noms des témoins qui y avaient été présents, et les parties y apposaient leur sceau ou cachet.

Au treizième siècle, lorsque les diverses juridictions se multiplièrent, les greffiers des juges étaient en même temps leurs notaires. L'ordonnance de 1303 (de Philippe le Bel) défendit cette confusion; celle de 1319 réunit au domaine du roi les greffes et les tabellionages. Charles VIII, au quinzième siècle, sépara définitivement les greffes et les notariats dépendants des juges royaux [2]. Les tabellions ont été créés en titre d'offices par François Ier [3]; ses édits, et celui de 1554, d'Henri II, defendirent aux juges, lieutenants et greffiers *de recevoir à l'avenir aucun contrat volontaire entre les parties.* Les offices de tabellions, de gardes-notes furent réunis et confondus, par l'édit de 1597, avec ceux des notaires: les notaires, dès lors, restèrent seuls investis du droit d'imprimer aux conventions et actes particuliers le carac-

[1] « *Stipulam frangebant, quam iterum jungentes, suas sponsiones cognoscebant* (Danty, p. 37).

[2] *Ord.* de 1493.

[3] *Édits* 1542, 1543.

tère de l'authenticité : en eux se perpétua le pouvoir qui, dans le principe, avait résidé sur la tête des évêques et des juges. — Le nombre des notaires fut réduit successivement, et leur âge fixé à vingt-cinq ans [1]. Par ordonnance de 1529, François Ier voulut que les obligations passées sous le scel royal fussent exécutoires par tout le royaume; et un édit de Charles IX (1568) créa dans les justices royales des *gardes des sceaux* aux contrats.

Avant le seizième siècle, les actes étaient écrits en latin : Louis XII avait défendu d'instruire en latin les procès criminels [2]; mais ce ne fut que par l'ordonnance de Villers-Coterets, sous François Ier (1539), que fut établie la rédaction des actes en français. L'article 173 voulait « qu'il fût fait fidèlement registre « et protocole de tous les testaments et contrats; que les minutes « au long y fussent insérées, et qu'à la fin fût apposé le seing « des notaires. »

L'ordonnance d'Orléans (1560) exigea la signature des parties et des témoins sur la minute des actes, ou la mention *qu'ils ne savaient ou ne pouvaient signer* [3]. — Celle de Blois (1579) fut moins sévère; elle statua que la grosse serait signée par le notaire; que, dans les *villes et bourgs*, il y aurait au moins, sur l'acte, la signature *d'un* des témoins, si la partie ne savait signer; mais elle n'attachait pas la peine de nullité à cette disposition, et les notaires s'affranchirent de la formalité [4]. Du reste ils devaient connaître les contractants, énoncer la demeure, la qualité des parties, des témoins [5]; et l'ordonnance d'octobre 1535 exigeait « que les registres et livres de protocoles des notaires n'eus- « sent rien *en blanc*, mais fussent écrits tout d'un trait, sans y « faire apostille en marge ni en tête, *n'interlinéature*, ains si

[1] *Ord.* 1510, 1560.
[2] *Ord.* 1510.
[3] *Ordonnance* de janvier 1560, art. 84.
[4] *Ordonnance* de Blois, 1579, art. 165 et 166.
[5] *Ord.* 1498, art. 65, et *Ord.* d'octobre 1535 ; — *Ord.* 1579.

« faute y est, elle soit réparée et mise à la fin de la note, avant « la signature [1]. »

L'ordonnance d'Orléans établit l'enregistrement général des notes et minutes. Déjà, en 1539, l'ordonnance de Villers-Cotterets avait, dans un intérêt spécial et pour la sûreté des tiers, soumis les donations d'immeubles à la formalité de l'*insinuation* (ou transcription publique), sous peine de nullité; de plus, un édit de Henri II, de mai 1553, avait prescrit la publication et l'enregistrement de tout testament portant fidéicommis, afin d'éviter les fraudes que pourraient commettre les héritiers, en laissant ignorer le contenu des testaments[2].

A l'époque de l'ignorance presque générale, lorsque la garantie de la signature des parties et des témoins, presque impossible de fait, n'était point légalement établie, la preuve testimoniale devait être généralement préférée à la preuve par écrit : aussi Boutillier, qui exprimait l'usage du quinzième siècle, pose pour maxime dans la Somme rurale *que témoins par vive voix détruisent lettres :* il n'y avait d'exception qu'en matière de rentes annuelles, si on ne proposait *fausseté contre lesdites lettres.* Mais, après l'ordonnance de 1539, et surtout celle de 1560, l'opinion contraire prévalut; la preuve par écrit offrit plus de certitude, et l'ordonnance de Moulins (1566), où la sagesse du chancelier de l'Hôpital déposa tant de germes de réformes, établit (art. 54) une règle qui a passé, presque dans les mêmes termes, dans les ordonnances et les lois des siècles suivants[3]: « Pour obvier « à la multiplication des faits que l'on a vu ci-devant être mis « en avant en jugement, sujets à preuve de témoins et reproches « d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvénients et involutions

[1] Tit. xix, art. 8; il n'y avait pas de peine de *nullité :* les arrêts et règlements du parlement de Paris des 27 décembre 1627 et 4 septembre 1685 statuèrent aussi sur les *apostilles* et *ratures*, et ce dernier ajouta la peine de *nullité*, même de l'acte entier. *Voir* Nouveau Denizard, V° *Acte notarié.*

[2] Ricard, *Traité des substitutions*, partie II, ch. xiii, sect. ii, p. 118.

[3] *Ord.* de 1667 et art. 1341 *Code civil.*

« de procès, avons ordonné et ordonnons que dorénavant *de* « *toutes choses* excédant la somme ou valeur de cent livres pour « une fois payées, seront passés contrats par-devant notaires et « témoins, par lesquels contrats seulement sera faite et reçue « toute preuve desdites matières, sans recevoir aucune preuve « par témoins, outre le contenu audit contrat, ni sur ce qui serait « allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, lors et depuis ; « en quoi n'entendons exclure les conventions particulières et « autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, « sceaux et écritures privées. »

Cette disposition de l'ordonnance de Moulins, qui obviait à la multiplication des faits et par conséquent à celle des procès, fut reçue avec grande clameur par les gens d'affaires. C'est un commentateur, contemporain de l'ordonnance, Boiceau, qui nous apprend qu'elle parut à plusieurs *dure*, *odieuse* et *contraire au droit* ; mais elle fut alors une des grandes améliorations posées par le législateur comme obstacle aux discussions dans lesquelles on égarait la justice. La fraude assiégeait sans cesse les tribunaux ; et nos rois, dans leurs nombreuses tentatives de réformes, se plaignaient fréquemment de ses entreprises, de son audace, des involutions de procès dans lesquelles se consumaient leurs sujets[1]. L'ordonnance de 1566 est un des titres de gloire du chancelier de l'Hôpital comme législateur.

Une autre garantie pour la sûreté des relations entre les personnes qui avaient des intérêts à discuter judiciairement, une barrière devenue nécessaire contre l'improbité publique, fut créée par les ordonnances : en tous les siéges, justices et juridictions du royaume, furent institués, en titres d'offices, des receveurs de consignations. L'édit d'Henri III (15 juin 1578), créa ces charges de *dépositaires publics des deniers de justice*[2]. Dans les motifs qui expliquent cette création, on est effrayé de voir un roi stig-

[1] Dumoulin fait la même plainte en tête de l'annotation des coutumes t. II, p. 69.

[2] Ils sont aujourd'hui représentés par la Caisse d'amortissement.

matiser ainsi les mœurs de son temps : « Des abus de toute « espèce (dit le préambule) se commettent journellement au ma- « niement des deniers mis en garde ou dépôt par ordonnance « des juges. Les personnes désignées pour la garde des deniers « font infinies exactions. Quelquefois les deniers sont consignés « entre les mains des marchands, lesquels sont la plupart parents « et alliés de nos juges et officiers, par lesquels, au cas que les « parties ne condescendent à leur payer ce qu'ils veulent exiger « d'eux, se font faire taxes excessives pour leur garde, trafiquant « desdits deniers avec nos officiers, ou bien les baillant à profit « ou intérêt, s'assurant que nos officiers feront prolonger les « procès le plus qu'ils pourront, pour cependant *eux aider* « *desdits deniers;* et advient, le plus souvent, que lorsque les « dépositaires sont condamnés à vider leurs mains desdits deniers, « nos sujets co-litigans sont contraints faire procéder par saisie et « emprisonnement de leurs personnes et biens ; pendant lesquelles « poursuites on a vu arriver que les marchands ont fait cession « de biens et s'en sont fui avec les deniers, ou les ayant prêtés, « les ont si mal assurés qu'il n'y a moyen, de part ni d'autre, d'en « pouvoir tirer quelquefois la moitié. » L'institution des receveurs, qui a subi diverses formes, leur imposait l'obligation stricte de garder fidèlement les deniers en *mêmes espèces* que celles qui avaient été versées : c'était un dépôt placé sous la foi publique et la sauvegarde de la justice.

N° II. — Fondements et monuments des relations de famille, et de l'état des personnes.

La preuve testimoniale qui, avant le seizième siècle et l'ordonnance de Moulins, s'appliquait aux conventions devait, à bien plus forte raison, s'appliquer à l'*état* des personnes. La vie de famille était concentrée ; les alliances se faisaient ou dans les mêmes familles ou entre personnes voisines des mêmes héritages; les migrations des enfants étaient rares ; les arts, les

sciences, le commerce qui, dans un état avancé de civilisation, appellent les hommes hors de la terre natale, n'avaient pas encore pris un grand essor. L'esprit de famille était un gardien sévère des liens de parenté : il groupait les générations autour du foyer domestique. Pour la famille, sorte de tribu qui avait son chef, les naissances, les mariages, les décès étaient des événements qui s'imprimaient dans la mémoire, et que les symboles de l'anniversaire y retraçaient de temps en temps. Le père de famille les enregistrait dans les monuments de sa vie intérieure; et s'il n'avait pas de papiers domestiques, les parents, les amis, les voisins, les serviteurs, étaient des témoignages vivants et certains. Ce n'est donc que tardivement qu'on a dû sentir le besoin des registres et des dépôts publics, où la société garderait, comme dans ses archives, le témoignage des trois grands faits sur lesquels est fondé l'état civil des personnes.

C'est François Ier qui, par l'ordonnance de 1539, déjà souvent citée, a établi les registres en forme de preuve pour les baptêmes[1]. Les registres étaient tenus par le curé de la paroisse et devaient être signés aussi *par un notaire*. Dans cette association du fonctionnaire laïque avec le prêtre catholique se trouvaient tout à la fois et une garantie contre les erreurs possibles et la distinction essentielle entre l'*acte civil* et l'*acte religieux*. Cette disposition salutaire ne fut point observée : les curés s'attribuèrent la confection exclusive des registres de l'état des personnes; et l'acte civil, par cette usurpation, resta confondu, sous ce rapport, dans l'acte religieux. Cette réaction ecclésiastique, que nous avons déjà signalée, se fait remarquer dans la société civile comme dans la sphère religieuse et politique.

Mais la tendance de l'élément religieux à envelopper les actes de l'*état civil* fut marquée, avec bien plus d'importance et d'empire, dans l'acte qui est la pierre angulaire de la famille et de la société : le mariage. Les conditions *constitutives* et les *preuves*

[1] Art. 51.

extrinsèques du mariage furent également soumises à l'influence de la réaction catholique suscitée par la révolution religieuse du seizième siècle.

Nous croyons devoir embrasser ici d'un seul coup d'œil la progression des faits, en remontant aux temps antérieurs à la période qui est l'objet principal de nos recherches[1].

Au troisième siècle de l'ère chrétienne, l'empereur Probus disait dans une loi insérée au code de Justinien : « Si, en présence « de vos voisins ou de vos amis, vous avez placé avec honneur une « femme dans votre maison, en lui donnant la dignité d'une « épouse, que de ce mariage un enfant soit issu, bien qu'il n'y « ait ni tables de mariage ni tables de naissance, la vérité du ma- « riage et la légitimité de l'enfant n'en auront pas moins toute « leur puissance[2]. »

Le christianisme étant vainqueur, des solennités nouvelles entourèrent le mariage ; mais le sacrement fut ajouté au contrat sans l'absorber. Théodose et Valentinien, qui poussèrent loin leur zèle pour la religion nouvelle, évitèrent toute confusion et respectèrent la nature des choses.

La loi émanée de ces princes porte : « Si les donations et les « instruments de la dot ont manqué, ainsi que la pompe et les « autres solennités des noces, que personne ne pense que l'es- « sence du mariage en souffre d'atteinte, ou que la légitimité « puisse être contestée aux enfants qui naîtraient de cette union, « entre personnes de condition également honnête, non empê- « chées par un obstacle légal, et dont le consentement peut être « attesté par la foi des amis[3]. »

[1] *Voir* un savant mémoire de Target pour la dame Danglhure (*Barreau français*, t. VII, p. 327).

[2] L. 9, *Cod. de Nupt.* : « *Si, vicinis vel amicis scientibus, uxorem pro- « creandorum liberorum causa, domi habuisti et ex eo matrimonio filia « suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad filiam natam « pertinentes factæ sint, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptæ « filiæ suam habet potestatem.* »

[3] L. 22, *Cod. de Nupt.* : Quod amicorum fide firmatur.

Justinien révoqua une loi d'Anastase qui accordait tous les droits de succession aux enfants nés du concubinage; et cependant il rendit à cette liaison tous ses effets civils, si l'affection conjugale l'avait sanctionnée (*postea affectione procedente*).

Cet empereur prescrit aux sénateurs et aux autres personnes de condition illustre d'établir des monuments dotaux (*instrumenta dotalia*); mais il n'impose à leur mariage aucune forme de célébration. Quant aux personnes de secondes dignités, ce que nous appellerions la classe moyenne, elles ont le choix ou de faire un contrat, ou de se présenter devant le défenseur, c'est-à-dire le desservant d'une église, et de signer avec lui la preuve de leur union. Le peuple a toute la liberté des anciens usages [1]; les Novelles mettent sur la même ligne les enfants issus d'un mariage prouvé par écrit et ceux d'un mariage formé par le seul consentement, *cum etiam solo affectu possit consistere matrimonium* [2]. — L'intention de la vie commune et l'affection conjugale constituent dans le droit de Justinien l'essence du mariage. La novelle 117, dispense même les personnes de la seconde classe des actes à déposer dans les églises [3]. Et bien que le pape Hormisdas eût, vingt-cinq ans auparavant, enjoint aux fidèles de recevoir publiquement la bénédiction du mariage, Justinien n'en fait pas même la recommandation aux sujets de l'empire : le décret d'Hormisdas était une loi de l'Église, et non une loi de l'État [4].

Ainsi, dans la dernière phase de la législation romaine, comme dans la première, d'après le droit des Novelles, comme d'après celui des douze Tables, le seul consentement fait le mariage; le mariage est un contrat civil prouvé ou par un *acte dotal*, ou par des *témoins*. « Contrat de la nature, ou sacrement de la loi nou-

[1] *Licentia sit eis ex non scripto convenire et matrimonia celebrare inter alterutros, sintque filii legitimi* (*Novella* 74).

[2] *Novella* 117.

[3] *Ex solo affectu celebratas nuptias firmas esse sancimus et ex eis natos legitimos esse filios jubemus.*

[4] *Benedictione accepta a sacerdote publice nubat in Domino.* Can. Nullas caus., 3, q. 5.

« velle, le mariage reste le même ; son essence est invariable : la « *volonté* le fait, la *possession* le prouve, les hommes l'honorent « et la loi le ratifie [1]. »

Et ce qui est plus remarquable, c'est que le droit canonique, qui a tant emprunté au droit civil romain, lui a été fidèle même dans la matière des mariages : la bénédiction nuptiale était généralement recommandée par l'Église comme acte de religion, mais le mariage en lui-même subsistait par le seul consentement. Ainsi Nicolas Ier dit, en son décret aux Bulgares, dans l'intervalle de l'année 858 à l'année 867 : « Il sufffit, selon les lois, du « *seul consentement* des personnes de l'union desquelles il « s'agit [2]. » Selon la discipline du douzième siècle, les seconds mariages étaient permis, quoiqu'on ne leur donnât pas la bénédiction nuptiale ; le prêtre qui l'aurait conférée eût été puni de peines disciplinaires. On trouve cette doctrine du consentement suffisant au mariage professée au septième siècle par Isidore de Séville, au quinzième siècle par Eugène IV, dans son décret relatif aux Arméniens.

En France, on distinguait les paroles de futur, *verba de futuro :* c'étaient les fiançailles ; et les paroles de présent, *verba de præsenti :* c'était le mariage lui-même. — Lorsque la cohabitation suivait la promesse de futur faite soit dans l'église, soit devant un notaire, le mariage était parfait [3]. — Les paroles de présent, reçues par-devant notaire, étaient un mariage accompli.

L'usage des publications de bans s'était introduit, mais il était considéré comme une précaution utile et non indispensable. Le concile de Latran, en 1215, sous le pontificat d'Innocent III, en fit une obligation ; il déclara illicites les mariages clandestins : cette disposition ne fut point suivie. En 1556, Henri II, voulant

[1] Target, mémoire cité, p. 337.

[2] « *Ac per hoc, sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de « quorum conjunctionibus agitur..... Matrimonium facit non coitus, sed « voluntas.* » — Corpus juris (Pithou), I, p. 363. (Causa 27, q. 2.)

[3] *Carnali copula subsecuta.*

réprimer les unions clandestinement contractées par les enfants de famille, donna aux père et mère le droit facultatif de l'exhérédation, mais il ne prononça pas la nullité des mariages; et le parlement de Paris, en 1576, lorsque déjà se tenaient les états de Blois, valida un mariage sans publication de bans ni bénédiction nuptiale; il valida aussi, sur les conclusions de l'avocat général Brisson, un mariage contracté par un mineur sans le consentement de son tuteur[1].

Le concile de Trente avait constaté la défense des unions clandestines, qui, une fois contractées cependant, restaient valables et indissolubles. Mais dans sa vingt-quatrième session, en 1563, il établit que désormais le mariage devait être célébré en présence du curé de l'un des mariés, et de deux ou trois témoins, à peine de nullité. — Ce concile n'étant pas reçu en France comme loi de l'État, les tribunaux n'observèrent pas d'abord la disposition irritante relative aux mariages

L'ordonnance de Blois, en 1579, la sanctionna de son autorité : « Les sujets du roi, de quelque condition qu'ils soient, ne « pourront valablement contracter mariage sans publication de « bans; quatre témoins y assisteront, il en sera fait registre; le « tout sous *les peines portées par les conciles*. — Les curés et « vicaires devront s'enquérir de l'état des enfants et exiger le rap- « port du consentement des père et mère, sous peine de rapt[2]. »

Les ordonnances qui donnent aux père et mère le droit d'exhérédation, en cas de clandestinité, sont au surplus confirmées[3].

Le concile attachait la peine de nullité du mariage à l'absence des témoins; les nullités prononcées par l'ordonnance de Blois n'allaient donc pas au delà. — Mais les maximes jusqu'alors reçues comme incontestables furent renversées. Louet, magistrat mort en 1608, atteste que ce fut par une jurisprudence nouvelle, née de l'ordonnance de 1579, que les mariages ne furent plus

[1] Mémoire de Target, p. 347.
[2] *Ordonnance de Blois*, art. 40.
[3] *Même Ord.*, art. 41.

présumés par la cohabitation, et durent être prouvés par la bénédiction sacerdotale. Brodeau ajoute : « On tenait en France, « avant l'ordonnance qui a publié et confirmé le concile de Trente « concernant la célébration du mariage, que la bénédiction, les « proclamations de bans et autres solennités n'étaient pas requises « *de necessitate sacramenti;* que leur omission, non plus que « la clandestinité, n'annulait point le mariage[1]. » — Le concile de Trente n'avait pas cru devoir suivre la maxime de l'un des plus fameux Pères de l'Église, de saint Jérôme, qui disait : « *Aliæ « sunt leges Cæsaris, aliæ Christi; aliud Paulus, aliud Pa- « pinianus præcepit, aliud de sacramento matrimonii dispu- « tare, aliud de inventione dotis disserere et de statu libero- « rum :* autres sont les lois de César, autres celles du Christ; « autres sont les préceptes de saint Paul, autres ceux de Papinien; « autre chose est de disserter sur le sacrement de mariage ou sur « les principes de la dot et l'état des enfants. »

L'ordonnance de 1579 naquit au milieu des guerres de religion. Les états de Blois, sur les cahiers desquels elle a été rédigée, furent livrés aux idées de réaction ; en haine du protestantisme, ils voulaient accorder au clergé, qui le demandait vivement, l'enregistrement sans réserve du concile de Trente : ils reculèrent néanmoins devant le tableau qui leur fut présenté de toutes les usurpations que le pouvoir sacerdotal avait déposées dans les lois du saint concile[2]. Le garde des sceaux Cheverny[3], rédacteur de l'ordonnance, en soumettant les institutions de la famille au droit

[1] Brodeau sur Louet, v° Mariage, t. II, p. 127, n° 19.

[2] Le concile fut adopté dans les États de la ligue en 1593, États considérés comme nuls. (Recueil des États, Meyer, XV, p. 383.)

[3] Philippe Hurant, comte de Cheverny, garde des sceaux en 1578, et chancelier en 1583. Ferrière (*Inst.*, t. VII, ch. xxx) lui reproche d'avoir inséré dans l'*Ordonnance de Blois* l'art. 69, qui défendait l'enseignement du droit romain dans la faculté de droit de Paris, pour favoriser la ville d'Orléans, dont il était gouverneur (mort en 1599) : ce qui fut expressément abrogé par l'édit de Louis XIV, d'avril 1679, enregistré le 16 mai. Le préambule de l'édit réparateur est reproduit dans le *Dictionnaire du droit canonique* de Durand de Maillane, t. II, p. 419.

canonique, fut entraîné par l'antipathie de la royauté contre le principe et les troubles du protestantisme. C'est lui qui a introduit dans les lois civiles la confusion du contrat et du sacrement.

Cependant cette réaction n'entra pas immédiatement dans les mœurs, et la disposition de l'ordonnance ne passa que difficilement dans la jurisprudence. Les mariages par le seul consentement furent déclarés valables. Les parlements, fidèles à l'esprit de leur institution, s'opposaient aux progrès de l'esprit du concile de Trente. Une déclaration de Henri IV, de 1606, enjoignit à ses officiers de suivre l'ordonnance; et depuis cette époque jusqu'à la déclaration plus sévère de 1639, les deux usages, anciens et nouveaux, se combattirent et se mêlèrent. On trouve encore, en 1638, un arrêt qui repousse la nullité d'un mariage de mineur, contracté sans le consentement du tuteur et des parents.

L'ordonnance de Blois, pour renfermer le mariage dans l'Église, défendit aux notaires de recevoir la déclaration des époux qu'ils se prenaient pour mari et femme, formule appelée *parole de présent*, qui naguère suffisait au mariage. Mais cet usage proscrit se soutint longtemps : en 1680, le clergé, dans ses remontrances, s'en plaignait encore; et la déclaration du roi de 1697 reconnaît sa trace, en substituant à la peine corporelle prononcée contre les notaires une peine moins rigoureuse, la privation de leur office.

L'ordonnance destructive du principe qui avait régi le mariage dans l'antiquité et dans les seize premiers siècles du christianisme, dut s'occuper des monuments propres à constater les formes nouvelles. L'édit de 1539 (Villers-Coterets), qui, le premier, a parlé de *registres publics*, n'en avait ordonné la confection que *pour les baptêmes*, afin de fixer l'âge et l'instant de la majorité; mais il ne s'occupait point des registres de mariage; s'il en existait, ce n'était que dans quelques lieux et d'après les canons de quelques conciles. L'ordonnance de 1579, conséquente avec elle-même, veut « que, pour éviter la preuve par témoins, que l'on est sou-

« vent contraint de faire en justice touchant les mariages, bap-
« têmes, morts et enterrements des personnes, les greffiers en
« chef poursuivent, chacun an, tous curés, vicaires, etc., pour
« les forcer d'apporter en leurs greffes les registres de leurs pa-
« roisses. »

L'ordonnance de 1629 (code Marillac) alla au delà même de celle de Blois; non-seulement elle annula les mariages clandestins, elle étendit la nullité *à tous mariages* contractés contre la *teneur* de l'ordonnance et défendit expressément la preuve testimoniale des mariages, sauf entre personnes de basse et vile condition[1]. — Cette ordonnance, enregistrée en lit de justice, remise ensuite du consentement du roi à la délibération du parlement, n'a point eu, comme on l'a déjà dit, d'exécution générale dans le sein des cours et tribunaux.

Cependant le protestantisme, qui, dans le seizième siècle, agitait le monde politique et religieux, avait demandé et obtenu sa place dans la société civile : l'édit de tolérance de 1561 avait reconnu le mariage des protestants, en reconnaissant leur culte; et les paroles *de présent* devant notaires, ou le consentement des futurs devant témoins, suffisaient à cette époque pour constituer le mariage légitime. Les catholiques et les calvinistes, se livrant des combats acharnés, faisaient et rompaient des trêves selon les besoins de chaque parti et selon les circonstances; à chaque suspension d'armes, provoquée par la lassitude des combats, il apparaissait un édit ou une déclaration qui confirmait l'édit de tolérance oublié pendant les hostilités : ainsi en 1568, ainsi en 1570. Dans l'édit de 1570, on appliquait aux mariages des protestants les prohibitions, pour cause de parenté, applicables aux mariages des catholiques. — Immédiatement après la Saint-Barthélemi, quand Charles IX et ses conseillers étaient encore tout couverts du sang des calvinistes, ils disaient dans le préambule de l'ordonnance de 1572 : « Notre intention a toujours été de gouverner

[1] Ord. de 1629, art. 39-40.

« plutôt *par douceur* et *voie amiable que par force ;* » en conséquence, on prononçait l'*abolition du passé* (comme si un tel passé pouvait s'abolir ou s'effacer du souvenir des hommes !) et l'ordonnance ajoutait : « A l'égard des baptêmes et des mariages, « il est permis aux religionnaires de les faire à leur façon accou« tumée. »

Les concessions furent confirmées et augmentées en 1576; les mariages même qui avaient été contractés par des prêtres et des religieux furent mis à l'abri de toute inquiétude. L'exhérédation pour cause de religion fut défendue. — Les états de Blois voulurent interdire l'exercice du culte nouveau; les troubles recommencèrent; alors on revint à la tolérance, et l'édit de septembre 1577 n'imposa au mariage des protestants d'autres lois que les prohibitions tirées de la consanguinité et de l'affinité.

Après la révolution faite par l'ordonnance de Blois dans les lois du mariage, le protestantisme revendiqua le *mariage civil*, pour se mettre en dehors des règles applicables seulement au mariage catholique. Dans l'année même de l'ordonnance eurent lieu les conférences de Nérac; il fut établi par elles et par celles de Flex et de Coutras (1580), que « pour le regard des mariages, si le « défendeur est catholique, il sera jugé par un juge d'Église, s'il « est religionnaire, il sera jugé par le siége royal. »

La *possession d'état* était le seul fondement légal sur lequel pouvaient s'appuyer le mariage des protestants et la légitimité de leurs enfants. — Cependant, les paroles de présent étant reçues par les notaires, malgré les prohibitions de l'ordonnance de Blois, le mariage protestant put se prouver encore et par écrit et par témoins.

Le fameux édit de Nantes (1598), qu'on peut appeler la charte protestante, laissa au mariage des religionnaires le droit antérieur à l'ordonnance de Blois : il leur imposa les seules prohibitions pour cause de parenté; il établit dans chaque parlement une chambre mi-partie de magistrats catholiques et calvinistes, pour la garantie de l'exécution de l'édit. Malgré les réclamations du

clergé, aux états de 1614, malgré la première guerre de la Rochelle de 1620 à 1622, l'édit de Nîmes du 19 novembre 1622 fut rendu comme une confirmation éclatante de l'édit de Henri IV, et Richelieu vainqueur après le siége de la Rochelle (1628) maintint l'état civil des protestants. — Laissons-les reposer sous cet abri; plus tard nous verrons leur triste condition sous l'empire de l'intolérance politique et religieuse de Louis XIV et de Louis XV.

N° III. — Organisation relative aux éléments nouveaux ; le commerce et l'industrie.

Le commerce et l'industrie, à leur naissance, avaient secondé l'affranchissement des serfs, formé les grandes communes ou contribué à payer leur liberté. Leurs efforts, partant de la classe roturière, réunis aux travaux de la science du droit, que seuls cultivaient aussi les hommes de cette classe, avaient favorisé le rapide accroissement du tiers état; et comme tous les principes harmoniques s'attirent et se rapprochent, le commerce, l'industrie et la grande science du seizième siècle, le droit, s'étaient unis directement ou indirectement avec le protestantisme [1].

L'industrie et le commerce avaient en France leur existence de fait longtemps avant le seizième siècle; mais dans ce siècle seulement ils commencèrent à avoir une juridiction à part; l'ordonnance d'août 1560 créa pour eux la juridiction arbitrale. — Celle qui suivit, en janvier de la même année [2], permit aux marchands de faire imprimer leurs statuts, prononça des peines contre les banqueroutiers, établit la contrainte par corps pour l'exécution des engagements commerciaux [3].

[1] *Voir* notre VIe livre, *infrà* sur les diverses écoles de jurisconsultes.

[2] Jusqu'à l'*Ordonnance de Roussillon* (janvier 1563), l'année commence à Pâques ; cet usage fut aboli par l'art. 39 : « Voulons et ordonnons qu'en « tous actes, registres, instruments, contrats, ordonnances, édits, lettres, « tant patentes que missives, et toute écriture privée, l'année commence « doresnavant et soit comptée du premier jour de ce mois de janvier. » (Chancelier de l'Hôpital.)

[3] Ord. de janvier 1560 (1561), art. 143-144.

L'ordonnance de Roussillon soumit les banquiers étrangers à l'obligation de fournir tous les cinq ans une caution de 50,000 écus; celle de Blois la réduisit à 15,000 écus par trois ans, ce qui nous indique combien les guerres de religion et les massacres de la Saint-Barthélemi, qui avaient rempli l'intervalle d'une ordonnance à l'autre, avaient épuisé le commerce; on sentait le besoin de le ranimer par l'or et le crédit des autres nations: les conditions imposées aux banquiers étrangers s'affaiblissaient en présence de l'appauvrissement national[1].

Ce fut en novembre 1563 que le chancelier de l'Hôpital fonda réellement l'heureuse institution de la juridiction consulaire. La ville de Paris fut autorisée à faire l'élection d'un juge des marchands et de quatre consuls (conseillers, assesseurs) : l'élection devait se faire entre cent marchands choisis par leur prévôt et par les échevins. — L'édit de création servit de type à la juridiction commerciale, établie par imitation dans les principales villes de commerce, Lyon, Bordeaux, et appliquée aux faits de marchandises entre marchands. — L'institution se répandit bientôt dans les villes de tout ordre; cette extension donna lieu à beaucoup de réclamations, et fut resserrée par l'ordonnance de Blois en certaines limites[2]. — D'un autre côté, la justice civile fut réprimée par les ordonnances dans ses tentatives d'hostilité contre la juridiction nouvelle[3]; on lui laissa son titre à la plénitude de juridiction, mais on lui ordonna de s'arrêter devant la barrière élevée pour protéger la liberté et la rapidité des conventions commerciales[4]. Les juges-consuls eurent le droit de juger en dernier ressort jusqu'à 500 livres; et leurs sentences, pour condam-

[1] Ordonnance de Blois (1579), art. 141-144.

[2] Même ord., art. 240.

[3] Déclaration du 28 avril 1565. (Isambert, XIV, p. 179.

[4] Il en résultait que les tribunaux civils n'étaient pas incompétents, *ratione materiæ*, s'ils étaient saisis d'une affaire commerciale par le consentement des parties. — Aujourd'hui on soutient le même principe, mais peut-on dire réellement que les tribunaux civils aient la plénitude de juridiction? N'est-ce pas plutôt la plénitude d'*exécution?* (*Voir* notre VIIe liv., t. II, et notre *Cours de Droit public*, II, p. 733.)

nations au-dessus de cette somme, furent déclarées *exécutoires par provision*. L'exécution provisoire pouvait s'exercer par la contrainte par corps pour le payement de 500 livres, et par la saisie des meubles et immeubles pour le surplus de la condamnation[1].

Si Michel de l'Hôpital eut la gloire de fonder l'institution, il était réservé à un grand administrateur du dix-septième siècle, à Colbert, de régulariser et, pour ainsi dire, de créer la législation spéciale que cette institution devait appliquer. — L'époque où le commerce terrestre et maritime reçut une nouvelle vie par des communications suivies avec le monde de Christophe Colomb s'honora, en effet, comme nous le verrons plus tard, par deux ordonnances qui appartiennent encore à l'Europe commerciale[2].

N° IV. — Rapports des Ordonnances avec l'empire exercé par le droit romain et par le droit coutumier.

Dans les matières qui ne tenaient pas à la lutte engagée contre le passé, à l'intérêt général des citoyens, à l'ordre fondamental des familles, à l'ordre public des juridictions, les ordonnances laissaient agir librement le droit romain et les coutumes; elles se reposaient sur la jurisprudence et les arrêts de règlement du soin de développer ou de modifier leurs principes, à l'égard des intérêts purement privés. Toutefois il est dans cet ordre de choses quelques objets importants sur lesquels les édits et ordonnances modifièrent l'un par l'autre le droit coutumier et le droit romain.

Ainsi l'ordonnance de janvier 1560 couvrit les transactions de l'inviolabilité qui les protégeait dans les lois romaines.

Ainsi l'édit des secondes noces de juillet 1560 établit dans toutes les provinces l'uniformité des règles du droit romain sur un sujet important que plusieurs coutumes n'avaient pas admis; il défendit à ceux qui se mariaient pour la seconde fois de donner à leur

[1] *Ord.* novembre 1563; février 1565.

[2] *Ordonnance* 1673, *Commerce* 1681, *Marine.*

[3] Édit de 1560, François II (Chancelier de l'Hopital).

nouvel époux plus que la part héréditaire qui pourrait revenir à l'enfant du premier lit qui aurait le moins (ce qu'on appelle encore *une part d'enfant moins prenant*). L'édit déclare se proposer pour modèle « plusieurs bonnes lois et constitutions d'anciens empereurs, zélateurs de la police, » et il cite même la loi au code *de secundis nuptiis*[1].

De plus, l'édit défend aux femmes de donner à leur second mari une part quelconque des biens de leur premier époux. — La liberté des seconds mariages entraînant les veuves à des unions inconsidérées avec des personnes de *basse condition*, l'ordonnance de Blois alla plus loin que l'édit : elle défendit aux femmes de rien donner à leur second mari et leur interdit même l'administration de leurs biens[2].

C'est en suivant le droit romain que les ordonnances autorisèrent expressément la subrogation aux hypothèques, au profit du tiers qui payait la dette, et indépendamment de la volonté du créancier.

Henri IV voulait, par ce genre de subrogation, soulager les débiteurs des rentes à gros deniers, et leur donner le moyen de profiter de la réduction que les lois faisaient subir aux rentes particulières, comme aux rentes sur l'Hôtel de Ville[3].

Ce fut aussi en réfléchissant l'esprit des lois romaines en faveur des mineurs, que l'ordonnance de Moulins établit que les mineurs seraient restitués contre les pertes qu'ils auraient faites au jeu.

Au contraire, l'édit de Saint-Maur, appelé l'édit des mères (1567), abolit en Guienne et autres provinces du Midi le droit des mères

[1] *Cod. Just.* V-9-6 — Édit de juillet 1560. (Isambert, XIV, p. 36.)

[2] L'ordonnance de 1579 signale expressément ces secondes noces avec des personnes *de basse condition*.

[3] Édit de Henri IV, mai 1609 ; il dit : « Attendu que nous avons toujours « approuvé la disposition du droit romain contenu ès constitutions des Em- « pereurs, et voulu icelle disposition être suivie en ce qu'elle est conforme « à la *raison et équité* touchant la subrogation aux anciennes hypothèques « au profit de ceux qui prêteront leurs deniers... » (Dig. XX-3-3, *id.* 4-12, § 8. *Cod. Just.* VIII-19-1.)

à la succession de leurs enfants, droit conforme à la loi romaine. Les mères succédaient aux meubles, acquêts, et aux propres *provenus et procédés de la ligne paternelle :* ce mode de succession était en opposition directe avec la règle coutumière que « les « propres ne remontent point et ne sont ôtés de l'estoc et ligne « dont ils sont dérivés. » Au seizième siècle, la puissance politique des nobles était peu redoutée de la royauté; les rois s'appuyaient sur l'épée *de leur brave noblesse*[1] et entrevoyaient éclat et force pour leur trône dans l'aristocratie de cour qui commençait à les entourer : aussi l'édit de Saint-Maur, en dépouillant les mères de leurs droits en faveur de l'aristocratie de famille, eut pour objet d'arrêter ce qu'il appelait « une cause de la destruction des « bonnes maisons et familles anciennes, une source de beaucoup « d'inconvénients insupportables à la noblesse[2]. »

C'est encore contre le droit romain, et pour rendre, d'ailleurs, justice à la capacité des femmes dans une société pénétrée de l'esprit du christianisme, que le sénatus-consulte velléien fut aboli par la déclaration de Henri IV, du mois d'août 1606. Après la renaissance du droit romain, aux douzième et treizième siècles, toutes les provinces s'approprièrent le bénéfice du velléien, d'après lequel les femmes pouvaient opposer l'exception d'incapacité contre les engagements dans lesquels elles étaient intervenues soit pour leur mari, soit pour toute autre personne, et sans distinction de leur qualité de fille, d'épouse ou de veuve. Boutillier dans la Somme rurale (II-29) atteste que le velléien se pratiquait généralement dans le royaume. Deux cas de renonciation au bénéfice du sénatus-consulte étaient admis en droit romain : 1° quand la femme intervenait en justice pour garantir le principal obligé; 2° quand la femme après deux ans ratifiait l'intervention (cas de renonciation ajouté au droit du Digeste par le code de

[1] Expressions d'Henri IV dans son discours à l'assemblée de Rouen.

[2] Termes du préambule de l'*Édit des mères* de 1567, qui a été commenté par le président Bouhier.

Justinien[1]). La glose d'Accurse accueillit la fausse opinion que les femmes pouvaient renoncer à l'exception d'incapacité ou au bénéfice du velléien dans l'acte même de leur engagement, sur ce motif qu'il est permis à chacun de renoncer aux droits établis en sa faveur. Des jurisconsultes éclairés des quatorzième, quinzième, seizième siècles, Jean Faber, Balde, Duaren, enseignèrent la doctrine contraire, qu'on ne peut renoncer à un privilége établi à cause de la faiblesse des personnes, par la raison que la même facilité qui conduit à l'obligation conduirait à la renonciation dans l'acte obligatoire : mais la glose avait passé dans la pratique; elle s'y maintint, et les renonciations étaient insérées par les notaires dans tous les actes où les femmes s'engageaient pour autrui. La jurisprudence modifia cet abus en exigeant que les renonciations fussent établies *in extenso* avec l'explication des droits auxquels les femmes renonçaient, ce qui fut consacré formellement à l'égard des notaires de Bretagne par une déclaration de 1602[2]. Les renonciations explicites devenaient dans toute la France des sources de procès en nullité de renonciation et en recours contre les notaires : telle fut la cause de la déclaration de 1606, pour l'abrogation du sénatus-consulte velléien. La généralité de la clause de renonciation insérée dans les contrats témoigne de ce point historique, que le droit romain avait constitué anciennement le droit commun de la France[3]. En quelques provinces, comme la Normandie, Bordeaux et Toulouse, le velléien fut observé, même après l'édit d'abolition; en Bretagne il eut même son exécution jusqu'à une déclaration du roi, de décembre 1683, qui rendit commun à cette province l'édit de 1606[4]. — Le sénatus-

[1] Dig. XVI, 1. L. ult., § penult. Cod. IV, 29-22. La novelle 134, ch. VIII. disposait que la femme ne pouvait aucunement s'obliger *pour son mari.*

[2] D'après la très-ancienne coutume de Bretagne, art. 326, les femmes pouvaient s'obliger pour leurs père et mère, pour leur *mari* et leurs enfants.

[3] *Voir* Bouhier, sur *Cout. de Bourgogne*, I-447.

[4] Salviat. V° Velléien ; Bouhier, I-447. — Hévin sur Frain, II, add. p. 70.

consulte velléien, qui avait eu pour objet de protéger les femmes contre leurs engagements, avait perdu en France tous ses bons effets par l'usage vicieux des renonciations équivoques ou de *style* insérées dans les actes. Il en résultait que les engagements des femmes étaient obligatoires, ou qu'elles ne pouvaient plus se faire relever des cautionnements qu'elles avaient donnés, soit à leurs maris, soit à des étrangers, qu'en courant les chances incertaines de procès ruineux.

C'est, de même, en s'éloignant des dispositions du droit romain que l'ordonnance de Moulins attribua l'effet hypothécaire aux jugements, du jour où ils étaient rendus : les lois romaines ne connaissaient pas l'hypothèque judiciaire. Seulement, par suite du jugement rendu en sa faveur et en vertu d'un décret émané du magistrat, le créancier pouvait obtenir l'envoi en possession des biens de son débiteur; c'était le gage prétorien : un curateur administrait les biens, les faisait vendre, et le prix en était distribué aux créanciers sans préférence en faveur de celui qui avait obtenu la *missio in bona*[1]. L'ordonnance de 1566 voulut donner une sanction immédiate aux jugements par la garantie hypothécaire et une préférence au créancier qui avait obtenu jugement. Si la publicité avait accompagné l'hypothèque, l'amélioration aurait été plus grande : l'hypothèque judiciaire tendait, du moins, à mettre sur le pied d'égalité les divers créanciers, sans distinction entre les actes notariés et les jugements qui pouvaient suppléer les actes authentiques, dans le cas où le créancier s'était d'abord contenté d'un titre sous signature privée.

[1] Sur les voies d'exécution en droit romain, voir le livre du jeune et regrettable Jules Tambour, lauréat de la Faculté de droit de Paris (1856).

N° V. — Anomalies des Ordonnances par rapport à leur but de civilisation.

La société, à laquelle les rois consacraient tant de lois, portait en elle des principes qui se combattaient et dont les chances étaient diverses : aussi les ordonnances sont-elles quelquefois hors de la voie progressive, et paraissent-elles revêtir un caractère dur, oppressif, rétrograde. Celles de 1536 et 1539, sur la procédure criminelle, que Dumoulin appelait impies, sont un long et cruel oubli de l'humanité : il n'est pas de notre sujet de les suivre dans leurs ténébreuses erreurs[1]. Remarquons seulement que c'est à François Ier (Ord. 1539) qu'est due la procédure secrète. C'est bien lentement que la philosophie sociale a fait pénétrer sa lumière dans ces greffes obscurs où se trouvaient réunies quatre personnes nécessaires : le *juge*, pour interroger ; le *bourreau*, pour faire passer l'accusé par toutes les gradations de la torture ; le *greffier*, pour enregistrer les cris de douleur, les prétendus aveux s'échappant des dislocations d'un corps torturé ; et le *chirurgien-juré*, portant la main sur le pouls de la victime, pour dire au juge et au bourreau : *Assez, assez ! à une autre fois ! le patient en mourrait*[2] !

L'histoire a flétri l'édit d'Henri II (1556), qui punissait de mort la jeune fille convaincue d'avoir caché sa grossesse et son accouchement : si la nature avait fait mourir dans le sein de la mère le fruit de la séduction, il fallait que la malheureuse victime confessât sa honte et représentât le cadavre, preuve de son déshonneur, ou qu'elle fût suppliciée comme *présumée* coupable d'avoir fait périr un être que la nature avait conduit mort aux portes de la vie !

[1] *Ordonn.* de 1536 et 1539 : la première, ouvrage d'Anne Dubourg ; la deuxième, ouvrage du chancelier Poyet — Celle-ci retomba sur lui dans toute sa rigueur : il demandait le temps nécessaire pour nommer ses témoins : *Patere legem quam tuleris*, fut la réponse accablante qu'il reçut.

[2] J'ai vu au greffe de l'ancien présidial d'Angoulême des procès-verbaux de torture qui sont ici fidèlement reproduits dans leur substance.

L'histoire a flétri l'édit de 1559 de François II : « Les parents « seront tenus de livrer leurs parents condamnés qui cherche- « raient un asile dans leurs maisons, *sous peine d'être considé- « rés comme complices*[1]. » — Il n'a fallu rien moins que la terreur de 1793 pour rajeunir et raviver cette immoralité du seizième siècle. Si l'on compare la fin du dix-huitième siècle avec la fin du seizième, que de tristes rapprochements ! Le président Brisson, condamné par une troupe de ligueurs et exécuté sur leur ordre par le bourreau, dans un des obscurs corridors du Châtelet, au moment où il va au parlement pour rendre la justice, nous apparaît comme le prédécesseur de Malesherbes. Jusque dans le dogme de la souveraineté du peuple, 1593 est le sombre précurseur de 1793 : la chaire catholique en a retenti presque autant que la tribune de la Convention. Pour entraîner à l'élection d'un roi catholique, l'archevêque d'Aix et le légat proclamaient « la Loi salique positive et changeable au gré du législateur, qui est le Peuple français en corps; » et le Peuple français pour eux, c'était le comité des *Seize*, la *Montagne* des États de la ligue : tant il est vrai que le fanatisme, quel que soit son objet, politique ou religieux, révèle, malgré la distance des époques, l'identité de sa nature !

L'ordonnance de Blois était une loi draconienne, quand elle portait peine de mort contre celui qui aurait suborné une fille ou un fils mineur de vingt-cinq ans, pour mariage ou toute autre cause, transformant l'empire d'un sentiment naturel en *rapt de séduction*, pour l'assimiler au *rapt par violence*, en dénaturant ainsi les choses et les mots.

L'ordonnance de Moulins prenait le caractère d'une loi décemvirale, quand elle portait que *tout débiteur* condamné pouvait être, quatre mois après le jugement, saisi, pris au corps et emprisonné jusqu'à payement ou cession de biens[2]. — L'ordonnance

[1] Donné à Chambord, en décembre 1559

[2] Art. 48 de l'*Ord*. de 1566.

reculait ainsi jusqu'à la loi des douze tables, que la loi *Papiria* avait abolie, même sous la république, et que le christianisme avait proscrite par cette belle parole de Constantin : « La prison « est pour les délinquants. » — Les Établissements de saint Louis n'accordaient qu'au roi l'exercice de la contrainte par corps, pour le payement des droits royaux [1].

Et ce qui prouve combien un faux principe est dangereux dans ses applications légales, c'est que la contrainte par corps fut ainsi généralisée par l'ordonnance de Moulins, pour remplacer l'intérêt qui courait à partir des quatre mois de la signification du jugement d'après l'ordonnance de 1560, et pour rendre ainsi un hommage réactionnaire aux anciennes Lois civiles et canoniques, qui prohibaient l'intérêt comme contraire à la charité chrétienne. Déjà Louis XII, en 1510, avait renouvelé la défense du prêt à intérêt, sous le nom de contrat usuraire. Il avait permis la recherche et l'annulation des contrats feints et simulés qu'on appela plus tard contrats pignoratifs, et que la jurisprudence regarda toujours comme illicites. L'ordonnance de Blois, tout empreinte de la réaction religieuse dans l'ordre civil, prohiba la convention de prêt à intérêt sous peine d'amende, et elle encouragea la délation en adjugeant au dénonciateur le quart de l'amende qui serait infligée.

L'ordonnance de Blois témoignait encore de cette réaction lorsqu'elle exigeait qu'avant tout enlèvement de récoltes, la dîme serait prélevée sur les gerbes ou fruits, au profit du prêtre décimateur. En confirmant ainsi, à la fin du seizième siècle, l'obligation de la dîme, elle fortifiait des germes de haine qui devaient un jour éclore de toutes parts et prévaloir contre l'empire du clergé.

Du besoin de garantir la pureté de la doctrine catholique naquit la censure : l'édit d'Henri II, de 1547, établissait que « *les livres de religion* seraient vus et visités avant l'impression [2]. »

[1] Établissements de 1270, liv. II, ch. XXI.
[2] Édit du 11 décembre 1547 (première année du règne de Henri II).

La censure passa bientôt de cet exercice légitime aux publications de diverse nature; et l'ordonnance de Moulins, vingt ans plus tard, institua « les lettres de privilége du roi pour toute espèce « de livres. »

Parmi les anomalies des ordonnances, nous devons mettre aussi : 1° une ordonnance d'Henri IV, de 1601, qui, ajoutant à celles de 1361 et de 1515 sur la prohibition de la chasse à l'égard des roturiers, défendait aux roturiers de *tirer de l'arquebuse*, humiliation à laquelle l'ordonnance de 1668 ajoutera, contre les roturiers, la peine du carcan[1]; 2° la disposition de l'ordonnance de Blois, qui enjoignait aux avocats de signer au bas de leurs écrits et consultations l'honoraire reçu. A cette injure légale se rattache le souvenir de l'indignation qu'elle souleva parmi les avocats du seizième siècle, si savants, si intrépides défenseurs des libertés gallicanes, d'une simplicité de mœurs et d'une délicatesse si recommandables! Ant. Loysel a transmis à la postérité le souvenir des résolutions inspirées à son Ordre par le sentiment de l'honneur[2]. La vertueuse résistance qui éclata fut plus forte que la loi. L'Ordre des avocats, « *aussi ancien que la justice,* « *aussi noble que la vertu,* » ne dérogea point à sa dignité originelle, et il en légua la tradition à ses représentants à venir[3].

Mais gardons-nous d'être injustes; ces aberrations des ordonnances, presque toujours nées du besoin de se conformer à l'état

[1] L'ordonnance de 1361 est celle qui la première a défendu aux roturiers de chasser; François Ier renouvela la défense sous des peines sévères; l'ordonnance de 1667, art. 28, dépassa toutes les sévérités antérieures (*Voir* Pothier, *Propriété*, ch. II, nos 127, 128).

[2] *Dialogue des Avocats.*

[3] On en trouve une noble expression dans la pétition des avocats de Bordeaux, présentée en 1834 à la Chambre des députés, sur le projet de soumettre les avocats à la patente. Elle a été envoyée à tous les barreaux des cours royales. Me Dufaure, que la tribune a enlevé depuis au barreau, et qu'elle lui a rendu avec l'éclat d'une juste célébrité, fut le rapporteur de la commission de rédaction. J'ai eu l'honneur de signer, comme avocat à la cour de Bordeaux, cette pétition, qui a suspendu, mais non empêché la *patente des avocats.*

de la société et à l'empire des idées dominantes, ne sont que des exceptions : il n'en est pas moins vrai que les ordonnances de cette première période de la royauté sont animées généralement de l'esprit civilisateur. Elles créent des institutions libératrices; elles combattent et finissent par dompter le passé féodal et théocratique. Dans cette carrière de lutte, elles sont toujours les auxiliaires du christianisme contre la théocratie du moyen âge, du droit romain contre les usages barbares de la féodalité. C'est lorsque la royauté est victorieuse de ses adversaires et monte vers le pouvoir absolu, qu'elle commence à s'alarmer des principes semés par elle, des droits par elle reconnus, et de ces germes de liberté qui prennent une forme plus hardie qu'elle ne l'aurait voulu pour sa propre sécurité. C'est dans les déchirements féconds du seizième siècle que les ordonnances mêlent quelquefois le mal avec le bien; et il ne faut pas en accuser trop vivement la royauté, car le bandeau n'avait pas moins obscurci, pendant quelque temps, la vue des députés qui formaient le tiers état au sein des états généraux et celle des magistrats. La réaction que nous avons signalée, et qui a pesé sur les ordonnances de la royauté, se fit sentir avec force, même dans la partie la plus élevée du tiers état. Les états de 1588, qui voulaient déclarer Henri IV déchu du trône comme *hérétique relaps* et qui présentaient à Henri III le décret de déchéance, avaient aussi demandé la publication pure et simple du concile de Trente. Et le parlement de Toulouse, par arrêt du 22 août 1589, n'a-t-il pas déclaré Henri IV déchu de la couronne?

N° VI. — Améliorations voulues par les Ordonnances, et non réalisées. — Projets de Codification.

Au milieu de ces ténèbres visibles qu'élevaient les agitations de la société, il y avait dans les ordonnances des jets de lumière, de grandes idées qui brillaient un instant et mouraient inutiles : ainsi l'ordonnance de janvier 1560 voulait que l'impôt fût régulièrement octroyé par le consentement des trois états, l'un n'ét

pas engagé par le vote des deux autres, afin de donner au tiers état la garantie d'un vote efficace et périodique; ainsi la même ordonnance, œuvre de l'Hôpital, voulait que les sacrements et les choses spirituelles, en général, fussent gratuits. Sur la demande des états, elle établissait l'élection des évêques, disposition qui resta stérile malgré sa conformité avec les vœux anciennement exprimés par les parlements et les états du quinzième siècle [1].

Ainsi, l'ordonnance précédente, d'août 1560, chercha, mais inutilement, à tarir la source la plus abondante des procès, en établissant que les partages de succession en ligne directe et collatérale, jusqu'au degré de cousins germains, seraient faits devant des *arbitres* choisis par les parents, amis, voisins, et seraient *exécutoires nonobstant opposition ou appel* : c'était une sorte de jury civil appliqué à un certain ordre d'affaires. — L'ordonnance établissait la même institution des arbitres forcés entre *marchands pour faits de marchandises ;* cette dernière disposition entra dans les mœurs et fut le germe de la juridiction consulaire; la classe commerçante l'accueillit comme une garantie de ses intérêts et de son indépendance. Quant à l'autre disposition, elle ne jeta aucune racine dans la société, parce que la classe nombreuse et avide des procureurs était intéressée à l'étouffer dans sa naissance.

Oter le temps à l'esprit processif, c'est le priver de sa ressource la plus féconde : cette pensée porta l'Hôpital à autoriser les sentences sur compromis et à leur accorder l'exécution provisoire. Mais les compromis n'empêchèrent point les plaideurs d'encombrer l'avenue des tribunaux. « Quel sera le moyen, disait Du-« moulin, de trancher ou de modérer cette prolixité, cette multi-« tude infinie de procès dont la France, depuis tant d'années, « pour son malheur et sa honte, est fatiguée et opprimée [2]? » — Et il proposait l'unité des coutumes.

Les principales ordonnances du seizième siècle nous montrent

[1] États de 1484, Journal de Masselin.

[2] *Et judicio meo non est alia via* (l'unité des coutumes) *ad amputandam et moderandam infinitam illam litium multitudinem et prolixitatem*

les rois préoccupés de l'idée de réformer la justice, de simplifier les procédures, de couper la racine multiple des procès. Même l'idée d'un Code uniforme se présente à leur esprit et prend place parmi les vœux des états généraux. Elle est mise à l'essai d'après le vœu des états de Blois sous Henri III, sous Henri IV; les états généraux de 1614 en sollicitent aussi l'exécution. Mais elle n'a produit au seizième siècle et au commencement du dix-septième que le projet du *code Henry* par le savant Brisson, continué par Charondas; des recueils privés, qui ont pris le titre de *code d'Henry IV*, ou celui de *Corps du droit français à l'imitation du code de Justinien*, et l'ordonnance de 1629 ou le code Marillac qui était bien loin d'embrasser l'ensemble des ordonnances[1]. L'idée d'uniformité des lois et des coutumes devançait les temps et dépassait les conditions d'existence de la société d'alors : mais c'est une de ces grandes idées qui se lèvent à l'horizon longtemps avant d'éclairer tous les esprits, et que les siècles doivent recueillir et concentrer dans leur sein pour qu'elles puissent enfin rayonner sur la société, au jour marqué par la Providence.

Le peuple français était par sa nature porté à la guerre, aux procès, à la controverse; trois formes variées de la même disposition native. La guerre, le palais, la controverse ont toujours eu leurs grands hommes dans la patrie des Charlemagne, des Dumoulin, des Pascal; mais, de plus, la France nourrissait en elle le

qua, tot annos, misere nec sine magno præ cæteris nationibus dedecore quatitur et premitur Francia. (Dumoulin, t. II, p. 691.)

[1] L'Hôpital, simple conseiller au parlement de Paris, s'occupait d'un ouvrage sur les lois pour les rassembler en *un seul corps* (sa *Vie* par l'Évêque, p. 29). — Voir *États de Blois* de 1576, cahier. — *Ord.* de 1579, art. 207. — *Code Henry*, éditions de 1585, 1599 et 1611; — la meilleure est celle de Charondas, de 1615 (in-f°). *Le code d'Henri IV* est une compilation faite par Th. Cormier, conseiller aux cours souveraines de l'Échiquier et Conseil d'Alençon (Rouen, in-4°, 1615). — *Le Corps du droit français et des ordonnances royaux*, à l'imitation du *Code Justinien*, est dédié à messire de Vic, premier président au parlement de Toulouse (1600, in-4°). — Sur l'*Ord.* de 1629 ou *Code Michaut*, voir Isambert, Recueil, t. XVI, p. 223; Bretonnier, sur *Henry*, liv. V, ch. I, quest. 3; et M. Troplong, *Prescript.*, II, n° 1005.

principe d'unité qui, après avoir été la cause impulsive de la grandeur nationale, après avoir produit l'unité politique par Louis XI, Richelieu et Louis XIV, produira l'unité administrative et l'unité civile par la Révolution de 89 et le Code Napoléon.

SECTION DEUXIÈME.

IIe ÉPOQUE DES ORDONNANCES, DU DIX-SEPTIÈME SIÈCLE A 1789.

§ Ier. — POINT DE VUE HISTORIQUE ET PHILOSOPHIQUE DU DIX-SEPTIÈME SIÈCLE.

Pendant la durée de l'époque féodale, l'isolement et l'hérédité, caractères de cette époque, fortifiaient dans les grands vassaux des provinces du Nord le germe d'indépendance personnelle apporté des forêts de la Germanie. La même indépendance, avec ces conditions d'isolement et d'hérédité, était devenue dans le Midi l'attribut des grands possesseurs d'alleux, à la terre desquels s'attachait aussi la double puissance de guerre et de justice. Les rois de France ont eu d'abord à combattre le principe d'isolement, le morcellement du territoire et de la souveraineté, afin de composer l'unité territoriale et nationale ; ils ont eu à lutter aussi contre l'indépendance personnelle, effet moral de cette organisation politique, vertu de cette aristocratie. Les premiers rois de la troisième race, jusqu'à Louis XI, ont travaillé à conquérir l'unité territoriale. Postérieurement, un principe d'une autre nature, la Réforme calviniste, pour s'affranchir de toute entrave, tendit à la division du territoire : les mémoires de Sully et d'autres monuments historiques ne laissent pas le moindre doute à cet égard. Une partie de l'aristocratie féodale, ou sciemment ou par instinct, se servit de la Réforme comme d'un instrument de restauration, pour ressaisir des priviléges ruinés. La partie vraiment religieuse du calvinisme ne soupçonnait pas le but ambitieux de la noblesse qui prenait son drapeau ; et en 1621, elle rêvait, en reprenant les armes, une république en huit cercles. Richelieu comprima vigou-

reusement l'esprit politique et l'alliance menaçante de la réforme et de l'aristocratie. En assiégeant la Rochelle et en fermant le royaume aux Anglais, il rendit impossible la division du sol de la France. La digue de 800 toises qu'il jeta dans l'Océan, et qui paraît aujourd'hui comme une chaîne de rochers due à la puissance de la nature, fut le boulevard indestructible contre lequel il appuya l'unité territoriale du royaume. Richelieu ne laissa rien à faire, sous ce rapport, à son successeur. La base matérielle sur laquelle pouvait s'appuyer la politique de l'aristocratie féodale lui était à jamais enlevée. — Mais pour compléter le système de la monarchie absolue, il y avait à détruire la grande vertu de la féodalité, l'indépendance individuelle ; elle restait dans les esprits et dans les cœurs. Richelieu ne sut employer que la terreur et les commissions de justice pour la vaincre, moyen propre à se débarrasser de quelques hommes, mais à retremper l'indépendance dans les âmes fortes. Aussi, après lui, vint la guerre de la Fronde. Cette guerre civile, si différente des guerres du seizième siècle, fut une protestation d'indépendance de la part de la haute magistrature et de la haute noblesse ; elle n'avait pas de but politique ou social. Il s'agissait pour chacun de faire sentir à la cour de la régente et au premier ministre une certaine importance de personne ou de position. C'était de la part des grands une manifestation désordonnée du sentiment de leur valeur relative, de leur importance personnelle. La fierté, l'orgueil, la vanité, l'intérêt pécuniaire des membres du parlement, dont les *gages* étaient retenus et dont les offices diminuaient de valeur par la création de douze charges de maître des requêtes, la galanterie des duchesses et des ducs devenus séditieux par amour, toutes les passions qui tiennent le plus spécialement à la personne, furent les mobiles capricieux de cette guerre aussi variable dans ses chances que dans ses héros, aussi nulle dans ses résultats que dans les vues de ses promoteurs.

Au temps où il apparaissait, Louis XIV avait donc sa tâche à accomplir dans le travail d'organisation qui devait succéder à cette

guerre civile. *L'unité matérielle* de la monarchie absolue étant solidement assise, il avait à composer *son unité spirituelle.* La cour de Versailles seconda l'œuvre monarchique. Auguste et Louis XIV, que l'on a si souvent comparés, se sont trouvés l'un et l'autre au terme d'une époque historique et à l'apparition d'une époque nouvelle : la fatigue du passé, l'espoir de l'avenir, donnaient à la foi sociale l'ardeur de la jeunesse et l'élan des illusions. Au milieu des fêtes de Louis XIV, sous l'empire des femmes, des lettres, des beaux-arts, s'éteignit par degrés l'esprit féodal : le génie et le théâtre conspirèrent contre les traditions. La cour de Versailles, qui n'avait à jouer qu'un rôle de séduction politique, y réussit au delà de toute mesure; elle vainquit par des prestiges que notre imagination se représente encore de loin comme des tableaux d'une féerie merveilleuse. Tout fut modelé à l'image du *maître*, tous les efforts tendirent à être bien auprès du *maître*, expression employée sans bassesse, dénomination nouvelle qui traduit exactement la révolution opérée dans les idées [1].

La noblesse féodale se transforma, devint la noblesse de cour ; le culte du courtisan remplaça le culte des souvenirs du moyen âge ; et l'esprit de la féodalité fut détruit *dans l'ordre politique*, comme sa puissance territoriale l'avait été par Louis XI et Richelieu ; mais, chose importante à retenir pour l'histoire du droit et que nous développerons plus tard, la féodalité survécut presque tout entière encore *dans l'ordre civil.*

Le principe d'unité était l'idée dominante de Louis XIV ; c'était aussi le principe caractéristique du dix-septième siècle. La France, sortie des déchirements de la ligue, des guerres du protestantisme, des séditions et des mouvements irréguliers de la Fronde, sentait le besoin de se reposer dans la paix intellectuelle et la tranquillité intérieure du pays ; elle ouvrait son sein avec joie à l'idée d'unité. — Le roi, qui avait été le témoin et le jouet des divisions de la Fronde et des prétentions du parlement; qui, par

[1] *Voir* M. Lemontey, dans son *Essai sur la Monarchie de Louis XIV.*

reconnaissance, avait accepté la dépendance sous un ministre cardinal, mais en aspirant secrètement à la domination du *moi ;* le roi, qui était doué d'une volonté forte, d'une exigeante personnalité, d'une dignité magique, d'un esprit exact et rigoureux dans ses déductions ; le roi, qui avait foi dans la supériorité de nature des races royales et dans sa filiation d'ordre divin : Louis XIV était né pour comprendre la disposition actuelle de son époque et la représenter.

Et cependant il y avait aussi entre l'époque et lui une différence profonde, mais qui ne se révéla pas dans les premiers temps ; elle tenait à la diversité des caractères que peut revêtir le principe d'unité dans ses applications à la société. Ce principe en effet présente deux faces, ou, si l'on veut, il y a deux espèces d'unité : l'unité de la force et l'unité rationnelle ; la première est absolue, aveugle, tyrannique ; la seconde naît de l'association d'éléments divers, faite sous les auspices de la liberté et de l'intelligence, c'est l'unité d'ordre et d'harmonie. — La société, au dix-septième siècle, était prête à recevoir de grandes applications de la pensée de l'unité, mais en y associant, dans une certaine mesure, l'esprit de liberté qui avait profondément pénétré le siècle précédent. Louis XIV, né pour la grandeur et pour la domination, voulait réaliser l'unité, quelle qu'elle fût, dans les régions sociales qui lui étaient accessibles. Il voulait la faire régner par persuasion ou par acte d'autorité, par *raison* ou par *force*, surtout quand le pouvoir ou l'éclat de sa couronne s'y trouvait directement ou indirectement intéressé.

Cette vue donne l'idée du bien et du mal de son long règne, détermine le caractère de son gouvernement dans l'ordre politique, dans l'ordre religieux, dans l'ordre civil : c'est la clef de l'histoire de son siècle qui impose la loi de l'unité même dans le monde littéraire. Tant que la domination de Louis XIV fut en rapport avec le besoin de son époque, il y eut une admirable harmonie entre le peuple et le roi, une sympathie de sentiments, une alliance d'idées que favorisaient les circonstances personnelles au

prince et à la nation : c'est l'époque de la grandeur de Louis XIV et de son règne; ce sont les vingt premières années, qui comprennent aussi l'administration de Colbert. Mais, quand la domination vint à dépasser le besoin de la société; qu'elle mit à nu la volonté purement personnelle du monarque et sa soif d'*absolu*, qu'elle dégénéra en despotisme, et que l'unité à laquelle il tendait, il la cherchait par la *force* et le ministère de Louvois, quand il ne pouvait l'obtenir par les moyens d'intelligence et de persuasion, alors commença la séparation morale du roi et du peuple: l'harmonie intime cessant par degrés, la grandeur tomba, la prospérité s'évanouit. L'industrie nouvelle exilée de la France, les étrangers envahissant le sol du pays et dictant des conditions à Louis XIV pour lui faire expier sa prétention à l'empire électif et sa pensée de monarchie universelle[1]; une dette de cinq milliards, des emprunts publics à quatre cents pour cent ; les lamentables édits de 1709 et 1713 sur les terres abandonnées sans culture et l'appel fait à qui voudrait les ensemencer : tous ces résultats protestèrent cruellement contre l'application de l'unité absolue.

Dans la première période du long règne, fécondée par l'unité d'harmonie, la seule qui soit vraiment sociale, Louis XIV fut proclamé Grand, à juste titre : il réfléchissait noblement une grande époque; les hommes de génie se sentaient attirés vers lui par une puissante affinité ; ils le couronnaient de l'auréole de gloire. Qu'advint-il dans la seconde, pour que Fénelon, resté toujours maître de son jugement au milieu de l'éclat des succès, Fénelon qui de ses mains formait dans le duc de Bourgogne un roi digne de présider à l'avenir de la France, pût écrire à Louis XIV lui-même et à un grand de sa cour : « Depuis environ trente ans, « vos principaux ministres ont ébranlé et renversé presque toutes « les anciennes maximes de l'État pour faire monter jusqu'au « comble votre autorité; on n'a plus parlé ni de l'État ni des

[1] *Voir* les pièces diplomatiques imprimées par M. Lemontey (*Monarchie de Louis XIV*).

« règles : on n'a parlé que du roi et de son bon plaisir [1]. — Non-
« seulement il s'agit de finir la guerre au dehors, mais il s'agit
« encore de rendre au dedans du pain aux moribonds, de réta-
« blir l'agriculture et le commerce, de réformer le luxe qui gan-
« grène toutes les mœurs de la nation, de se ressouvenir de la
« vraie forme du royaume, et de *tempérer le despotisme*, *cause*
« *de tous nos maux* [2]. »

Observons d'abord l'action de Louis XIV dans la sphère politique et dans la sphère religieuse, et suivons lés destins de la royauté absolue, dont il est le type, pendant le cours de la période qu'il a ouverte jusqu'à la Révolution de 1789.

Nous étudierons ensuite les ordonnances dans leur application à l'ordre civil : arriver tout à coup à ce troisième ordre d'idées qui est pour nous le plus essentiel, sans s'être arrêté aux deux autres, ce serait nous exposer à une vue trop incomplète des choses et du mouvement qui les entraîne vers l'époque moralement nécessaire de la rénovation.

§ II. — ROYAUTÉ ABSOLUE AUX DIX-SEPTIÈME ET DIX-HUITIÈME SIÈCLES DANS LA SOCIÉTÉ POLITIQUE ET RELIGIEUSE.

No Ier. — Ordre politique au dix-septième siècle.

Louis XIV fait promptement prévaloir le principe de l'unité dans l'ordre politique.— Il renferme le parlement dans le cercle des fonctions judiciaires ; par sa conduite hautaine, il lui impose une dure expiation de son rôle et de ses prétentions au temps de la Fronde; il fait enlever des registres du greffe la mention des événements et des arrêts politiques depuis 1647 jusqu'à 1652 ; l'ordonnance de 1667 sur la procédure, dans un titre préliminaire,

[1] Lettre à Louis XIV; *Corresp.*, t. II, p. 334. Cela rappelle bien vivement le fameux mot : *L'État, c'est moi.*

[2] *Lettre au duc de Chevreuse*, t. I, p. 392.

exige l'enregistrement des édits, toute affaire cessante, comme une formalité purement passive, un moyen de publication, ne permettant les observations qu'après l'enregistrement, et réservant au roi seul l'interprétation législative. — Les états généraux, qui avaient été convoqués pour 1651, mais qui ne furent pas réunis, restent placés dans l'oubli le plus profond. On ne les abolit pas expressément, mais ils sont frappés d'une désuétude qui les efface des esprits et qui les met dans l'ordre purement historique, comme les anciens champs de mars ou de mai. Dans des pays d'états, jadis incorporés sous condition de franchises au royaume de France, les états provinciaux sont prohibés, transformés, ou suspendus indéfiniment, excepté dans les pays de frontière [1].

Les intendants exercent dans les provinces le pouvoir administratif que s'étaient attribué les parlements; et les parlements, qui s'étaient d'abord opposés à cette innovation, la subissent en silence. L'intendant est assez haut placé pour dominer tous les fonctionnaires et se trouver indépendant de la puissance parlementaire. Le pouvoir absolu descend du roi au ministre, du ministre à l'intendant, de l'intendant aux fonctionnaires surbordonnés de la province. La centralisation administrative est ainsi créée avec une simplicité de ressorts qui, malgré le grand nombre des rouages inférieurs, rapporte tout à la *volonté du roi* [2].

A cet absolutisme du pouvoir royal il fallait un œil vigilant, capable de pénétrer au besoin dans le secret des familles; une institution qui au dehors assurât la sécurité et le bien-être physique des grandes villes, de la capitale surtout, éclatant et dangereux satellite qui doit se mouvoir dans l'orbite du pouvoir dominant : de là l'institution de la police.— Les fonctions réunies sur la

[1] Supprimés en Normandie, Anjou et Maine, Bourbonnais, Nivernais, Berry, etc.; transformés en Provence; suspendus indéfiniment en Dauphiné, modifiés en Languedoc et en Bretagne.

[2] Il faut voir la correspondance administrative des intendants et des ministres, spécialement de Colbert, dans le *Recueil des documents inédits*.

tête du lieutenant civil se divisèrent ; la police administrative se distingua de la police judiciaire : un homme initié aux mystères de la politique vénitienne, le lieutenant d'Argenson, fut choisi pour établir en France la gardienne du pouvoir absolu (1697).

Les libertés des communes avaient fait naufrage dans les guerres civiles du seizième siècle; les rois, qui s'en étaient si puissamment servis contre les barons de la féodalité, craignirent que d'auxiliaires elles ne devinssent des obstacles à leurs vues; l'ordonnance de Moulins (1566) priva les villes et communes de leur grande prérogative, elle dépouilla les maires et échevins de leur droit de juridiction civile et criminelle. Louis XIV, loin de ranimer les franchises municipales pour les régulariser dans leur exercice, fit la vente de *mairies perpétuelles*, d'offices d'échevins, de consuls, de capitouls et jurats[1]. Et c'est aussi à l'unité absolue, principe unique de la seconde période de son gouvernement, que se rapportent la ferme des impôts, la capitation, le timbre[2]; et le contrôle, qui s'est étendu dès sa naissance sur tous les actes de la vie civile, et qui a imposé, au profit du fisc, un droit sur toutes les relations[3].

Maître de l'esprit de la noblesse féodale, qu'il annula dans l'ordre politique au point de ne prendre dans ses rangs aucun de ses ministres ; maître de l'opposition nouvelle du pouvoir parlementaire, qu'il priva tout à fait de l'arme des *remontrances*, et qu'il eût voulu priver même de la mémoire des arrêts de la Fronde[4]; maître presque absolu dans les provinces du royaume par la centralisation administrative et la force de sa volonté, Louis XIV

[1] Édits d'août 1692, mai 1702, janvier et 29 juin 1704.

[2] Droits de timbre, édit d'août 1674.

[3] Mars 1693 (un édit d'Henri III, 15 juin 1581, était resté sans exécution); *Contrôle des exploits*, établi par édit d'août 1669 ; *Droit d'insinuation*, par édit de décembre 1703; *Droit du centième denier*, 20 mars 1708. Un édit de mars 1714 a réuni au domaine tous ces droits et celui du petit scel, créé en 1319 par Philippe le Long (*Offices* de Guyot, 285).

[4] On fit déchirer les arrêts de 1648 des registres du parlement.

voulut consommer l'œuvre de ses devanciers, et proclamer hautement, en ravivant leurs maximes, l'indépendance du sceptre à l'égard du Saint-Siége; il voulut éteindre cette théocratie du moyen âge qu'avaient reflétée encore le concile de Trente et les états de 1614. La déclaration du clergé, de 1682, que l'édit de mars adopte comme base de l'instruction ecclésiastique, est le manifeste de l'indépendance du trône et de l'unité du pouvoir temporel dans l'ordre extérieur [1]. Mais dans les quatre fameux articles de la déclaration, les évêques assemblés ne rappellent et ne consacrent la liberté de l'Église gallicane que dans ses rapports avec le pouvoir pontifical. Les antiques libertés exercées par l'Église dans son organisation intérieure, ses franchises électorales deux fois renouvelées dans les pragmatiques sanctions de saint Louis et de Charles VII, avaient été ensevelies dans le concordat de Léon X et du chancelier Duprat. Louis XIV ne paraissait pas disposé à les exhumer de leur tombe ; le clergé lui-même ne les redemanda pas à la royauté. Le roi insista pour faire reconnaître, contre la doctrine ultramontaine, le droit de régale universelle sur tous les diocèses et sur tous les bénéfices non exempts à titre onéreux [2]. Pour expliquer sa soumission à cet égard, ou la colorer aux yeux du pape Innocent XI, le clergé paraissait accepter, en échange de son adhésion, une prérogative en faveur des évêques : le droit de conférer la mission canonique avant toute entrée en exercice, à l'occasion des archidiaconés dont le roi investissait directement en vertu de la régale [3].

Un titre d'échange d'une nature plus importante, plus propre à concilier le suffrage de la cour de Rome, et qui figurait aussi dans

[1] Les mêmes principes ont été proclamés par l'édit de 1696, les arrêts du conseil du 10 mars 1731, du 15 septembre 1765, et surtout celui du 24 mai 1766, qui retrace toutes les règles (Merlin, *Traité des Offices*, I-346, Guyot).

[2] Acte de consentement du clergé, 3 février 1682. La régale universelle était établie par la déclaration d'avril 1673 et l'édit de janvier 1682.

[3] C'était un droit exceptionnel pour la régale ; la régale ordinaire consistait à percevoir les fruits des évêchés et bénéfices vacants (*Mémoires du Clergé*, t. XI, p. 71).

les motifs de l'adhésion à la régale universelle, c'était la protection que le roi donnait au catholicisme contre la réforme calviniste, par les édits avant-coureurs de la proscription de l'hérésie

Ceci nous conduit à considérer le siècle et la royauté de Louis XIV dans la sphère religieuse.

N° II. — Société religieuse au dix-septième siècle. — Révocation de l'édit de Nantes.

Louis XIV, représenté par Bossuet, provoqua la déclaration du 19 mars 1682; en cela il fit de l'opposition contre la cour de Rome; mais il n'avait nullement l'intention de porter atteinte à l'unité catholique; et Bossuet, à l'ouverture de l'assemblée du clergé, fit sur l'unité de l'Église romaine et de l'Église universelle un discours qui n'est pas resté seulement comme œuvre de théologie et d'éloquence, mais comme monument historique[1]. Conséquent avec lui-même, Louis XIV voulait l'unité de son pouvoir dans l'ordre temporel, et il voulait fortement aussi l'unité dans la société spirituelle. A ses yeux, l'unité devait régner dans des sphères séparées qui soutiendraient entre elles des rapports d'harmonie. — Nous verrons même que les maximes sur l'indépendance du pouvoir politique furent rappelées avec éclat comme un moyen de ramener les dissidents à l'unité de l'Église.

Pendant ce long règne, trois espèces de dissidences entrèrent dans la société spirituelle, divisant ou menaçant l'unité catholique : le calvinisme, qui était devenu une religion à part, avec ses dogmes plus ou moins variables, son culte, ses temples, ses ministres ; le jansénisme et le quiétisme, qui n'étaient que des sectes dans la religion catholique, dont l'une resta puissante comme

[1] Le sermon sur l'*Unité de l'Église* fut prêché à l'ouverture de l'assemblée du clergé de France, composée de trente-quatre archevêques et évêques et de trente-quatre députés ecclésiastiques, en mars 1682. Le cardinal Maury dit qu'il lui paraît le plus beau discours de Bossuet pour la chaire, un prodige d'érudition, d'éloquence, de sagesse et de génie (*Éloquence de la chaire*, I-135).

élément de résistance, et dont l'autre mourut comme une fausse nuance de doctrine théologique et morale. — Parlons d'abord des dissidences qui n'allèrent pas jusqu'à former un culte séparé.

Le jansénisme avait un esprit de vigueur et d'opposition contre les doctrines absolues qui ne devait pas trouver accès auprès de Louis XIV. Port-Royal était un asile d'âmes fortes, d'esprits supérieurs, de grands maîtres en controverse : le génie de la controverse est frère de la liberté. Du fond de cette Thébaïde de docteurs, de philosophes chrétiens, l'esprit de controverse imprimait une sévère direction aux intelligences, s'exerçait à la fois contre les doctrines de la réforme et contre le pouvoir immense des jésuites, qui, nés pour défendre le catholicisme et le Saint-Siége, au seizième siècle, s'étaient rapidement répandus dans tous les pays catholiques. — Les jansénistes, avec leur supériorité de raison et de science, avaient bien compris l'état de la religion au dix-septième siècle. La réforme de Luther et de Calvin avait émancipé la liberté de l'esprit et proclamé les droits de l'examen individuel; un appel à la raison humaine avait été fait hautement en face du catholicisme; et les ministres protestants, après la clôture des champs de bataille, livraient à la religion catholique une guerre de science et de raisonnement. Les Daillé, les Ferry, les Claude, marchaient dans cette voie nouvelle avec assurance. Alors Port-Royal entreprit de combattre la réforme sur son terrain nouveau, et de justifier le catholicisme aux yeux de la raison : de là le grand ouvrage d'Arnaud et de Nicole sur la *Perpétuité de la Foi*, et tant d'autres productions; de là le plan de démonstration catholique élaboré dans l'esprit de Pascal et dont les fragments révèlent tant de puissance. — Mais pour combattre avec succès la réforme quand elle confondait dans ses agressions l'autorité de l'Église et l'autorité du Pape, et pour fortifier le catholicisme dans le champ de la controverse, Port-Royal crut devoir s'attaquer au pouvoir de *fait* du Saint-Siége, et s'il respecta son pouvoir de *droit*, ce fut en le renfermant dans la limite d'un droit subordonné au concile général. Cette guerre déclarée à la puissance de fait du

Saint-Siége était la grande querelle masquée sous le titre de *Propositions de Jansénius :* les jésuites et le Pape d'un côté, les jansénistes de l'autre, ne s'y trompaient pas; nul des deux partis ne s'arrêtait à la surface de la polémique : il y avait là une question de vie ou de mort pour la doctrine ultramontaine, pour le pouvoir absolu de la cour de Rome [1].

Louis XIV n'alla pas au fond des choses, et il sanctionna de bonne foi les formulaires de Rome et du clergé de 1661 [2]. Il vit dans le jansénisme une querelle de doctrine et de mots, ce qui l'intéressait fort peu, et une apparence de schisme, chose qui lui répugnait extrêmement; il vit dans les jansénistes une secte à l'esprit libre et trop investigateur, à l'accent énergique; et son antipathie devint si prononcée, qu'elle finit par le pousser jusqu'à la destruction de Port-Royal. Pour perdre un homme dans son esprit, il suffisait de le représenter comme janséniste. D'Aguesseau nous apprend, dans ses mémoires, qu'on parvint à refroidir le roi à son égard par des insinuations qui le supposaient partisan secret du jansénisme, parce qu'il était entièrement dévoué aux libertés gallicanes. Cette supposition avait certainement son côté vrai; il était difficile qu'il n'y eût pas apparence de similitude quand, dans la nature des doctrines, il y avait rapport d'identité : aussi, après Louis XIV, le jansénisme et les parlements firent-ils cause commune et parurent-ils animés du même esprit.

Par une contradiction apparente que le caractère du prince et la nature des institutions expliquent, Louis XIV persécutait les jansénistes et soutenait les libertés de l'Église gallicane : c'est qu'en appuyant celles-ci il assurait l'indépendance du pouvoir politique. La déclaration de 1682 garantissait la liberté extérieure

[1] *Voir* les 17e et 18e *Lettres provinciales*, et les *Mémoires de d'Aguesseau sur les affaires du clergé*.

[2] 1653, déclaration qui ordonne la publication de la bulle d'Innocent X, sur les cinq propositions; 1660-1661, déclaration du clergé confirmative; 1664, lettre qui ordonne la souscription du *Formulaire;* 1665, déclaration du roi sur le *Formulaire* d'Alexandre VII.

de l'Église de France et celle de la couronne[1]. Mais la lutte avait commencé par la question de la régale universelle, et la déclaration était plus encore au profit du trône qu'en faveur de l'Église gallicane. L'ancienne pragmatique n'était pas réveillée; la liberté n'était pas rétablie pour l'organisation intérieure de l'Église; elle était garantie à l'extérieur et stipulée surtout en vue de l'autorité ou de l'indépendance légitime de la souveraineté temporelle. Au contraire, en persécutant les jansénistes, Louis XIV étouffait l'esprit de liberté intime et réelle : le principe qui l'a fait agir contre eux est le même que celui qui l'a fait agir contre les réformés, et le même qui lui inspira, en 1691, la défense adressée à trois professeurs de la Sorbonne d'enseigner le système de Descartes[2].

Louis XIV prit beaucoup moins de part à la discussion du quiétisme, qu'il regardait comme une querelle de mysticité religieuse et non de pouvoir ou de liberté. A l'extérieur, le quiétisme se résolvait pour lui dans le dissentiment de deux grands prélats; or, entre Bossuet et Fénelon, d'amis devenus adversaires, il ne pouvait balancer. Bossuet était pour le roi et pour la France le représentant de la doctrine vraiment catholique, de la doctrine qui alliait parfaitement l'indépendance du pouvoir politique avec l'unité de l'Église : si Bossuet s'était montré dans ses savants écrits le plus redoutable adversaire de l'hérésie calviniste, c'était toujours en se plaçant sous les rayons éclatants de l'unité. Du jansénisme de Port-Royal il n'avait hérité, en le surpassant peut-être, que la gloire de combattre la réforme avec les armes de la science et de la logique. Il avait laissé à l'écart cet esprit d'inquiétude et de liberté qui irritait Louis XIV contre Port-Royal et contre les infatigables adversaires des jésuites, des papes et quelquefois des archevêques de Paris.

[1] Lemontey, *Monarchie de Louis XIV*, et M. l'abbé de Lamennais, *Progrès de la Révolution*, vont trop loin en disant que c'était *improprement* qu'on employait la qualification de *libertés* de l'Église gallicane.

[2] Extrait d'une lettre de l'abbé Pérot à Pélisson, 24 avril 1691 (*Œuvres de Leibnitz*, I, p. 329, édit. Dutens).

D'ailleurs, une sympathie profonde unissait le caractère de Louis XIV et le génie de Bossuet : l'auteur de la *politique tirée de l'Écriture sainte*, qui ne borne le pouvoir des rois que par le pouvoir de Dieu, et le roi qui se regardait comme le lieutenant de Dieu sur la terre[1], devaient se comprendre. Bossuet, toutefois, ne divinisait pas le despotisme comme on l'a fait entendre; il distinguait essentiellement le pouvoir *absolu* et le pouvoir *arbitraire;* il refusait au roi tout pouvoir arbitraire ; seulement il ne plaçait aucun intermédiaire entre le roi et Dieu : il en appelait à la justice, à la conscience, à Dieu, le roi des rois. Fénelon, au milieu des enivrements de Versailles, avait exprimé les maximes du Télémaque, non encore publié à l'époque du quiétisme, mais déjà confié à la raison du duc de Bourgogne; il avait regretté les assemblées absentes des états généraux, et il professait le respect absolu des lois fondamentales de la monarchie[2]. Louis XIV ne pouvait donc hésiter, d'après ses dispositions personnelles, entre l'évêque de Meaux et l'archevêque de Cambrai.

Le quiétisme, alimenté par les débats portés à Rome[3], s'éteignit dans la condamnation doctrinale acceptée par l'humilité de Fénelon, et dans les lettres patentes de 1699 (14 août), à l'enregistrement desquelles d'Aguesseau fit revivre en apparence l'esprit antique du parlement; mais, hélas! ce n'était qu'avec l'agrément du roi, et contre un pouvoir qui n'était pas le sien, que se formulait au dehors la doctrine parlementaire sur la distinction des pouvoirs[4]. Louis XIV, comparé dans le discours de l'illustre avocat général à David, à Constantin, proclamé même *évêque extérieur*, s'alarma de ce titre, disant « qu'on prît garde « de ne lui attribuer que ce qui lui appartenait véritablement[5]. »

[1] *Lettres de Louis XIV.*

[2] *Essai philosophique sur le gouvernement civil*, par Fénelon. (X, 1826.)

[3] C'était une infraction aux libertés de l'Église gallicane, que cet examen et ce jugement confiés au Saint-Siége.

[4] D'Aguesseau nous apprend que son discours (I,258) fut soumis au roi avant l'impression (*Mémoire sur les affaires de l'Église*).

[5] *Mémoire sur les affaires de l'Église*, t. VIII, p. 217, édit. de 1819.

Tel était en effet le caractère excessif qu'il avait communiqué à son siècle, que, dans ses rapports avec l'Église, il finit par craindre que trop de zèle pour son unité de gouvernement ne fît empiéter sur les droits de la société spirituelle.

L'unité catholique était à ses yeux la religion même, le christianisme tout entier; et c'est sur l'autel de ce dogme absolu que son siècle et lui offrirent à la religion dominante le sacrifice des protestants. Ce point de vue de l'unité explique seul la conduite de Louis XIV et de ses ministres à l'égard de la religion réformée. La faute ne fut pas seulement celle du roi, elle fut la faute de la société contemporaine, elle fut le crime social du dix-septième siècle. Ici remarquons la succession des phénomènes historiques; l'esprit d'unité s'est présenté sous ses deux faces : quand le raisonnement fut convaincu d'impuissance dans l'œuvre de la conversion et de l'unité rationnelle, la force vint prêter à la logique son secours oppresseur, son caractère d'unité tyrannique. La révocation de l'édit de Nantes, qui révoquait en même temps l'édit de Nîmes, et démentait à la fois la haute sagesse d'Henri IV et de Richelieu, donnait la sanction législative à la tyrannie des consciences, à l'unité absolue.

L'idée dominante de Louis XIV et de son siècle, la formation de l'unité catholique, parcourut ainsi toutes ses phases, et se manifesta dans la région intellectuelle avant de passer dans les lois et dans les faits. Trois hommes la réalisèrent sous ces différents aspects : Bossuet, Letellier, Louvois.

Le génie de Bossuet recevait de lui-même, du roi, de son époque, une grande mission : il porta admirablement le poids de cette unité intellectuelle à laquelle il fallait rallier des convictions fortes, éclairées, habiles à se défendre. De 1655 à 1685, tous ses travaux tendirent à la réunion des communions chrétiennes par la voie de l'enseignement et de la persuasion. De là son livre de l'*Exposition de la Foi*, son *Histoire des Variations*, ses

Avertissements aux Protestants, ses *Instructions pastorales sur les Promesses de l'Église;* de là ses conférences avec le ministre Claude, sa correspondance avec Molanus, avec Leibnitz, qui ne parut pas apporter, en échange, des vues aussi conciliatrices; de là aussi un des grands motifs de la déclaration de 1682, qui appartient à juste titre à l'évêque de Meaux[1]. Pendant vingt ans, la polémique religieuse parcourut tous ses degrés. Le ministre Paul Ferry, en 1655, avait écrit *qu'on ne pouvait plus se sauver dans l'Église depuis la réformation*, et c'est à cette proposition que Bossuet s'était élancé d'une obscure cathédrale dans la carrière qu'il a fournie avec tant d'éclat[2]. — Vingt ans plus tard, les ministres de la religion réformée, poussés jusqu'aux limites de leur doctrine, sont obligés de proclamer *que l'on peut se sauver encore dans l'Église romaine.* « Pourquoi donc avez-« vous refusé, s'écrie Bossuet, de porter toute la hauteur et pour « ainsi dire tout le poids de la foi[3] ? »

De grandes conversions se firent avec éclat; celle de Turenne retentit profondément. — Louis XIV et son siècle s'habituèrent à l'idée qu'il y avait opiniâtreté de la part des calvinistes qui ne suivaient pas de grands exemples et ne se soumettaient pas à la lumière propagée par le nouveau Père de l'Église, titre décerné à Bossuet par ses contemporains[4].

Les mesures partielles du pouvoir, les arrêts des cours de justice défavorables aux protestants, les restrictions apportées successivement aux garanties accordées par Henri IV à ses anciens coreligionaires, vinrent grossir d'une manière menaçante le dogme politique et religieux d'un culte dominant; et l'idée inflexible de l'unité catholique s'enracina par degrés dans les mœurs et bientôt dans les lois.

[1] Sur la déclaration de 1682 et les quatre articles, *voir* mes *Cours de droit public et administratif*, t. I, 4e édit.; livre II, *Droit public ecclésiastique*.
[2] *Voir* l'*Histoire de Bossuet*, par M. le cardinal de Bausset.
[3] Livre dernier des *Variations*.
[4] La Bruyère, ch. des *Esprits forts*.

Une marche parallèle s'est établie entre les doctrines professées par les défenseurs du catholicisme et les lois ou actes du gouvernement.

En 1655, la polémique s'était engagée avec éclat par la réponse au ministre Ferry; l'Exposition de la Foi avait paru en 1668, l'Histoire des Variations en 1675; en 1678 s'étaient tenues les conférences célèbres de Bossuet et de Claude; le clergé, assemblé en 1682, Bossuet à sa tête, disait dans l'Avertissement pastoral aux Protestans : « Il y a longtemps que toute l'Église est « pour vous dans les gémissements... vous à qui la tempête cau- « sée par le calvinisme a fait abandonner la foi en vous arrachant « du centre et du chef de l'unité chrétienne... Mais... parce que « cette dernière erreur sera plus criminelle que toutes les autres, « *vous devez vous attendre à des malheurs plus grands et* « *plus funestes encore que ceux que vous ont attirés jusqu'à* « *présent votre révolte et votre schisme*[1]. »

Au mois d'août 1685, moins de deux mois avant la révocation de l'édit de Nantes, l'archevêque d'Alby, l'un des commissaires chargés d'examiner les calomnies des prétendus réformés contre la foi de l'Église, demandait à l'assemblée du clergé *des remèdes efficaces*. — On délibère alors un mémoire expositif, et l'on adresse une requête au roi pour qu'il lui plaise « *d'imposer* « *silence aux prétendus réformés.* »

Voilà ce qui se passe dans la sphère de la doctrine et de la polémique religieuse, de 1655 à 1685.

Et voici les actes qui correspondent à ces diverses phases dans l'ordre politique :

En 1662, défense est faite aux protestants de tenir le synode national qui se renouvelait tous les trois ans[2]. En 1663 et 1664,

[1] *Mémoires du Clergé*, t. I, p. 10. Cet avertissement fut envoyé à tous les évêques.

[2] Le dernier synode protestant fut tenu à Loudun, en 1659.

des arrêts du conseil déchargent les nouveaux convertis de leurs dettes envers les protestants. — L'édit de 1669 supprime dans les parlements les chambres mi-parties de magistrats catholiques et protestants qui jugeaient les causes de ces derniers, et qui, instituées par l'édit de Nantes, étaient appelées chambres de l'édit. — En 1675 et 1680, on essaye d'attirer les réformés en accordant aux nouveaux convertis des délais de trois ans pour le payement de leurs dettes. L'édit d'avril 1681 décharge les nouveaux convertis du logement des gens de guerre et de deux ans d'imposition. L'édit de juin 1681 permet *aux enfants de sept ans* de se convertir. — Ainsi, jusqu'à présent et pendant que la polémique est toute vivante, les actes du gouvernement tendent à favoriser la conversion et présentent l'appât de l'intérêt. L'édit de mars 1682, confirmant la déclaration du clergé et son acte d'adhésion du 3 février, porte : « La sagesse et la modération « avec lesquelles les évêques ont expliqué les sentiments que l'on « doit avoir... peuvent beaucoup contribuer à confirmer nos su- « jets dans le respect qu'ils sont tenus de rendre à l'autorité que « Dieu a donnée à l'Église, et ôter en même temps aux ministres « de la religion prétendue réformée les prétextes qu'ils prennent « des livres de différents auteurs pour rendre odieuse la puissance « légitime du chef visible de l'Église et du centre de l'unité ecclé- « siastique. »

A partir de 1682, les restrictions, les vexations de toute espèce, les signes précurseurs de l'orage se multiplient : les protestants sont exclus des charges publiques, le nombre des temples est diminué. Dans cette année 1682, l'intendant de Paris, traduisant par les faits les conclusions de l'*Histoire des Variations*, va dans le temple des huguenots, à Charenton, demander à l'assemblée, au nom du pouvoir, *quelle est sa profession de foi.* L'édit d'août de 1685 défend aux protestants de prêcher, d'écrire, de parler contre la foi catholique, et le 22 octobre 1685 paraît le fameux édit de révocation.

Au moment de détruire l'ouvrage de la sagesse d'Henri IV et

de Richelieu, le ministre de Louis XIV méconnaît et dénature leurs intentions : Letellier suppose qu'ils ont voulu ce qu'il fait. Le préambule de l'édit avoue que le roi a eu l'intention de priver successivement la religion réformée des effets de l'édit de Nantes en diminuant le nombre des exercices et en supprimant les chambres mi-parties. Il dit : « La meilleure et la plus grande partie « des réformés ont embrassé la religion catholique, et l'exécution « de l'édit de Nantes *demeure inutile.* » — Le roi donc, de sa certaine science et toute-puissance royale, le révoque ainsi que les déclarations données en conséquence.

Il ordonne que tous les temples soient démolis ;

Il défend toute réunion dans les maisons particulières, sous peine de confiscation de corps et de biens ;

Il enjoint aux ministres non convertis de sortir de France dans la quinzaine ;

Il ordonne aux protestants qui se sont retirés chez l'étranger de rentrer dans les quatre mois, leur permettant alors de prendre la possession de leurs biens séquestrés ; il ordonne que les biens de ceux qui ne rentreront pas *soient confisqués ;*

Il défend aux protestants de sortir du royaume.

Neuf jours après, le 31 octobre, Letellier meurt en se félicitant d'avoir assez vécu pour accomplir le grand œuvre du catholicisme, en s'écriant : *Nunc dimittis servum tuum, Domine....!* Et un homme, le représentant de la foi gallicane et de la lutte rationnelle, vient humilier la grandeur de son génie au pied du mausolée de Letellier ; Bossuet, dans une oraison funèbre qu'on regrette pour sa mémoire et que sa conduite a bientôt démentie, sembla sceller du haut de la chaire évangélique le pacte fatal de l'intelligence et de la force, de l'unité rationnelle et de l'unité légale.

Le despotisme que Letellier a mis dans les lois, son fils, le marquis de Louvois, le met dans l'exécution. Les conversions en masse se font par la présence des régiments ; les dragons du roi, les héros de cette croisade de la force, sont déchaînés contre des

populations désarmées qui fuient avec effroi le sol de la patrie, emportant avec elles l'industrie nouvelle et la prospérité de la France [1].

Louvois meurt en 1691; Louis XIV commence à écouter les accents de la pitié si longtemps étouffés. Bossuet, par ses efforts auprès de lui et ses mémoires destinés aux intendants des provinces, rachète, aux yeux de l'humanité, son éloge de Letellier [2]. Il obtient du roi que les intendants cesseraient d'exiger des *prétendus convertis la participation aux sacrements.* Les intendants, héritiers de l'esprit de Louvois, s'étonnent; et cependant, il s'agissait de voir ainsi fermer la porte au sacrilége! Ils demandent qu'au moins, *on puisse contraindre les hérétiques à assister au saint sacrifice de la messe.* L'âme et la raison de Bossuet se soulèvent de nouveau à ces propositions; sa réponse est un beau monument. Mais tel était l'esprit de l'époque, que les évêques du Languedoc lui adressent des mémoires pour lui représenter les *dangers de sa tolérance :* « Il n'est pas possible, disaient-ils, « de rendre à la plupart des hommes la vérité aussi évidente « que le souhaiterait l'évêque de Meaux [3]. »

Longtemps s'est maintenu dans le clergé cet esprit opposé à l'esprit de pacification charitable que manifestait Bossuet. Les lois, les parlements, ont gardé la tradition de l'esprit de Letellier. Depuis 1685, les édits les plus oppresseurs se sont succédé, reposant sur ce mensonge de la force : *Il n'y a plus d'hérétiques en France.* Tel était l'empire de l'illusion, que d'Aguesseau, en 1699, en plein parlement et en présence même de Bossuet, appelait Louis XIV le destructeur de l'hérésie, le vengeur de la foi [4].

[1] *Voir* l'*Histoire des réfugiés protestants à l'étranger*, par M. Weiss, ouvrage couronné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres.

[2] *Voir* la *Vie de Bossuet*, par le cardinal de Bausset.

[3] « La miséricorde de Dieu, disent les évêques, sauve plus universellement les hommes par la *soumission*, que par la connaissance claire et distincte de ces vérités. » (Même ouvrage.)

[4] Discours à l'enregistrement de la bulle sur le livre des *Maximes des Saints*. t. VIII, édit. 1819.

La royauté absolue, représentée par Louis XIV, nous est apparue dans l'ordre politique et dans l'ordre religieux. — Il faut maintenant suivre sa destinée dans la suite de la période que ce prince a ouverte et si longtemps occupée.

N° III. — Régence.

Le parlement de Paris avait été renfermé par Louis XIV dans les attributions de l'ordre judiciaire; mais il avait conservé la dignité de la magistrature; et la lutte contre la cour de Rome l'avait fait remonter quelquefois vers l'antiquité des souvenirs. — Louis XIV, l'ayant constitué dépositaire de son testament le 30 août 1714, le rappela lui-même, sans le vouloir, à la vie politique. Dès le lendemain de la mort du grand roi, le 2 septembre 1715, le parlement fit acte de souveraineté en cassant le testament royal et en appelant le duc d'Orléans à la régence.

Le roi avait éteint autour de lui le sentiment de l'indépendance politique, et la haute noblesse était transformée en noblesse de cour; mais elle s'était soumise sans s'avilir; elle gardait son prestige; la ville enviait, honorait la cour. Le roi avait récompensé la noblesse par des bénéfices ecclésiastiques, par les grades militaires qu'il lui assurait presque exclusivement, par les offices de cour qu'il avait créés en faveur des grands seigneurs. Mais il exigeait une obéissance absolue. — La déclaration de 1692 sur le franc-alleu noble, qui prenait une part de la propriété; l'impôt du dixième qui frappait les terres nobles comme les autres [1], étaient des mesures de gouvernement qu'il imposait à la noblesse et qu'elle subissait sans murmure.

La régence lui laissa plus de liberté d'action, la soulagea de l'impôt du dixième et appela plusieurs de ses membres à siéger au conseil; mais la cour fut promptement avilie aux yeux des

[1] L'impôt du dixième fut créé en 1710.

peuples, condition qui ne l'avait pas encore atteinte. Elle s'avilit par la licence des mœurs et l'énormité des scandales du Palais-Royal[1].

L'Écossais Law précipita la noblesse dans les flots de la cupidité. Elle s'y trouva mêlée avec des ambitieux de toutes les classes. Ces barrières légitimes que la société avait élevées entre les classes supérieures et inférieures furent emportées dans le cours désordonné du système[2]. Grands seigneurs et valets furent égaux pendant ces saturnales de la fortune; ils s'enivrèrent ensemble des illusions de la banque royale, du papier-monnaie, des mines de la Louisiane et de l'or du Mississipi. Ce que Law et le régent ne cherchaient pas, mais ce que redoutaient Noailles et d'Aguesseau, c'était le bouleversement des fortunes et des conditions. Le peuple, avec sa richesse fictive, éblouissante, put acquérir des titres ou se jeter au milieu des prestiges de la noblesse; et alors cette tradition de crainte, de respect qui venait des temps anciens et du dix-septième siècle, s'évanouissait; cette égalité improvisée brusquement par le mouvement d'une banque et les témérités de la convoitise, cette familiarité soudaine qui faisait franchir toutes les distances habituelles, était pour le peuple une impression, un souvenir qui pouvait un jour se réveiller comme *un don terrible* de la régence[3]. L'égalité n'apparaissait pas alors comme une inspiration du droit social: elle n'avait pas le caractère moral et profond d'un droit résultant de la nature humaine et du christianisme : elle était un jeu du hasard.

L'enivrement du système étant dissipé, l'abaissement des

[1] La duchesse de Berry, fille du régent, avait Meudon pour l'un des théâtres de ses débauches.

[2] « Le système fit une révolution absolue, et bouleversa tout. âges, « mœurs, fortunes et conditions. » (*Mémoires inédits du marquis de Mirabeau*, cités dans les *Mémoires sur Mirabeau*, publiés par son fils adoptif.) — *Voir* les *Recherches historiques sur le système de Law*, thèse remarquable de M. Levasseur (1854).

[3] *Le don terrible de la familiarité*, expression de Mirabeau père à l'occasion de son fils.

caractères resta ; et tel en fut le degré, que la noblesse put se soumettre d'abord à l'édit de 1720 qui défendait d'avoir chez soi plus de 500 francs en or ou en argent et qui encourageait l'esprit honteux de délation ; tel en fut la profondeur, que le régent put nommer un Dubois premier ministre, et que Noailles et d'Aguesseau, qui s'étaient retirés devant Law, se firent seuls exiler encore pour ne pas subir l'impudeur de Dubois, prenant place au conseil d'État !

L'exil qui honora deux hommes éminents rehaussa en même temps aux yeux du peuple, désabusé des promesses du système, la magistrature parlementaire, et contribua fortement à la rétablir avec éclat sur la scène politique. Le parlement de Paris, appelé, en 1715, comme corps de l'État et en dehors de l'ordre judiciaire, à examiner et à casser le testament du roi, se vit revêtu, en échange, du droit de remontrance *avant l'enregistrement des édits*. Le retour de cette prérogative fut le prix de son empressement à briser les volontés de Louis XIV, au nom des droits de Philippe d'Orléans. De son côté, le régent regretta bientôt la concession faite à la magistrature. Il avait voulu la régence, il ne voulait pas que son gouvernement fût entravé. Le parlement s'étant opposé à Law, il l'exila, ainsi que le chancelier ; c'est le premier exemple de cet exil qui, au lieu d'affaiblir, retrempait le pouvoir parlementaire. — Le régent, pour s'en affranchir, avait même songé, au milieu de ses richesses fictives, à rembourser les charges de la magistrature. Quand le système fut tombé, le peuple salua avec enthousiasme le retour des magistrats, qui s'enhardirent jusqu'à faire le procès à un grand seigneur (le duc de la Force), l'un des plus signalés par le délire de la cupidité.

Ce mouvement et ce choc imprimés par les spéculations de Law et du régent, ne firent pas seulement reparaître toute l'importance du parlement comme corps politique ; il en sortit aussi un pouvoir nouveau plus redoutable pour les abus : l'opinion publique. Le peuple, privé depuis longtemps des états généraux,

retrouva la parole, par cette puissance insaisissable et partout présente. Les satires politiques et les écrits populaires sur les événements de chaque jour s'unirent au mouvement des esprits pour le fortifier, l'exagérer. L'opinion publique à sa naissance chercha d'ailleurs et trouva son point d'appui dans le pouvoir parlementaire. A d'autres époques, le parlement avait soutenu et représenté la lutte contre l'oppression, au profit de la liberté de la couronne ou du pays; au dix-huitième siècle, il crut ressaisir sa mission longtemps suspendue ; il se sentit animé d'une force nouvelle et il ne s'aperçut pas qu'il puisait sa principale force non en lui, mais hors de lui ! Lorsque plus tard il verra qu'il n'est pas seul, et qu'il voudra être lui-même, il sentira qu'un pouvoir plus fort que le sien avait marché à ses côtés, lui avait communiqué son énergie ; et lorsque enfin le divorce éclatera entre l'opinion publique et le parlement, celui-ci, livré à son isolement, ne paraîtra plus qu'une ombre du passé, qu'un impuissant simulacre.

Ainsi, dans l'ordre politique, la royauté de Louis XIV, en traversant la régence, dépouilla son prestige de cour et perdit vis-à-vis du parlement son caractère absolu.

Dans la sphère religieuse, ce n'est ni le pouvoir de la royauté, ni le pouvoir du clergé qui subit des atteintes ; au contraire, la bulle *Unigenitus* aux *cent et une propositions* [1], dont Louis XIV avait voulu l'enregistrement en haine du jansénisme, fut enregistrée sous le régent avec d'insignifiantes modifications : les scrupules gallicans de d'Aguesseau et du parlement, d'abord insurmontables, s'étaient abaissés devant le besoin des concessions à la paix. Les jansénistes, tout en sortant des prisons qu'avaient

[1] Les historiens racontent que l'origine de ces *cent et une propositions* se rapporte à un mot du jésuite Letellier à Louis XIV, qu'il y avait *cent et une* erreurs dans quelques livres nouveaux des Jansénistes. — Les erreurs étant proposées au Pape, Letellier *exigea* qu'il y eût au moins *cent et une* propositions condamnées, pour que la parole dite à Louis XIV ne souffrît pas d'atteinte. — Le Pape, faible, et craignant Letellier, condamna cent et une propositions dans la bulle *Unigenitus* (Lacretelle, dix-huitième siècle.)

fermées sur eux la vieillesse de Louis XIV et le despotisme du jésuite Letellier, son confesseur, voyaient leurs doctrines censurées et condamnées. Le pouvoir royal et le clergé, dans leur alliance politique commencée au seizième siècle et consommée sous les inspirations de Louis XIV, étaient donc complétement vainqueurs. Mais la religion elle-même, aux yeux du peuple, fut profanée par la régence. — En sortant de ses orgies, le régent, publiquement incrédule, allait en pompeux appareil recevoir la communion sainte!...

Et l'abbé Dubois, son complaisant et son complice, tout vil, tout souillé qu'il était, l'abbé Dubois, qui n'avait même pas encore l'ordre de la prêtrise, se vit nommer archevêque de Cambrai, et fut bientôt après revêtu de la dignité de cardinal!

De Louis XIV à la régence, l'épiscopat français parcourt, dans un petit nombre d'années, toute la distance qu'il y a de Fénelon à Dubois; — et comme si la mesure de la honte n'était pas pleine, Dubois fut proclamé *à l'unanimité* par le clergé de France, réuni en 1723, président de l'assemblée[1]! Bossuet avait présidé le clergé à l'ouverture du siècle, en l'année 1700! Dubois, sous la régence, résumait donc Bossuet et Fénelon!

Empressons-nous de le rappeler, cependant, le dix-septième siècle eut deux continuateurs de sa gloire: dans l'ordre politique et judiciaire, d'Aguesseau, nommé chancelier par le régent, représenta la dignité humaine, comme l'Hôpital au seizième siècle; dans l'ordre ecclésiastique, Massillon, nommé aussi par le régent évêque de Clermont, représenta la religion près du trône vide de Louis XIV: sa suave éloquence appelait sur ce trône un régénérateur de la religion, des mœurs et de la gloire nationale; mais, hélas! sa parole tombait sur un cœur aride et froid, sur l'âme la moins sympathique à l'inspiration chrétienne!

Toutefois un nouveau règne s'ouvrait, et avec lui s'éveillait la foi dans l'avenir.

[1] *Procès-verbaux de l'Assemblée du Clergé*, 1723.

N° IV. — Louis XV. — Louis XVI.

POUVOIR DU PARLEMENT. — LUTTES, VICISSITUDES PARLEMENTAIRES. — CHAMBRE ROYALE. — PARLEMENT MAUPEOU. — GRANDS BAILLIAGES. — APPEL DES ÉTATS GÉNRÉAUX.

La royauté unie à l'enfance de Louis XV était éclairée d'un reflet d'espérance.

Le parlement, soutenu, rajeuni par sa nouvelle alliée, l'opinion publique, avait retrouvé son autorité morale sur la société.

La jeunesse de Louis XV et la tranquillité du ministère de Fleury comprimèrent les scandales de la régence et ralentirent les progrès de la corruption. Pendant ces jours d'espoir et de paix, jetés entre le ministère de Dubois et le pouvoir non moins honteux des maîtresses de Louis XV, de fortes études s'accomplissent, les sciences sont cultivées; Locke et Newton sont révélés à la France, Montesquieu médite l'Esprit des lois : à la littérature empreinte du cachet licencieux de la régence, viendra se joindre une littérature puissante de pensée, de méthode, qui portait dans son sein des principes de régénération morale et sociale. Les gens de lettres, les savants, sortent de leurs retraites, se répandent au dehors, prennent par degrés possession de la partie élevée de la société; et le nouveau pouvoir, l'opinion publique, a des centres divers et de nombreux organes.

Le dix-huitième siècle n'a pas tardé à voir tomber du front de Louis XV la couronne d'espérance que sa jeunesse y avait posée; l'avilissement, qui tue les pouvoirs, vint bientôt la flétrir et la jeter au peuple, pour qu'il la foulât aux pieds. Pendant trente ans, de 1745 à 1774, le sceptre de la royauté absolue, qu'avaient touché les mains impures de Dubois, fut abandonné aux mains non moins avilissantes de marquises et comtesses favorites, sorties des obscures familles *Poisson* et *Lange*. La noblesse de France reconnut leurs titres; la reine Marie-Thérèse qualifia d'*amie* la marquise de Pompadour; un petit-neveu de Richelieu, un

maréchal de France, devint à la cour le patron de la comtesse Dubarry : mais le peuple de Paris, en qui la corruption n'avait pas encore éteint le sentiment de la pudeur, se révolta dès l'année 1750 contre la royale ignominie, et força le monarque dissolu à éviter le passage dans sa capitale [1].

Ce n'était pas assez de la honte intérieure, elle devait monter au front de la monarchie, en face de l'étranger. Les Français ne connurent plus dans des guerres impolitiques que la honte des défaites; et cette maîtresse de roi, que Marie-Thérèse avait flattée du titre d'amie pour attirer la France dans l'indigne guerre des Sept-Ans, cette maîtresse qui enfermait le roi dans un sérail pourvu par ses soins, afin de s'asseoir près du trône de Louis XIV, la marquise de Pompadour écrivait au duc d'Aiguillon qui devait un jour gouverner sous une courtisane encore plus avilie : « Qu'est devenue notre nation? Les parlements et les encyclopé-« distes l'ont changée absolument. Quand on manque assez de « principes pour ne reconnaître ni divinité ni maître, on devient « bientôt le rebut de la nature, et c'est ce qui nous est arrivé : je « suis mille fois plus effrayée *de notre avilissement* que je ne « l'aurais été de toute la perte de l'escadre... Il faut *renoncer à « toute gloire;* c'est une cruelle extrémité, mais, je crois, la « seule qui nous reste. »

Ils commencent à rougir, ils se résignent à la honte, ils l'acceptent enfin comme leur destinée, comme la nécessité de leur époque, ces arbitres de la destinée de la France au dix-huitième siècle !

Dans l'ordre politique, en effet, toute gloire échappe à la royauté.

Le parlement, qui engage la lutte avec le clergé et la cour, est frappé à plusieurs reprises et grandit sous les persécutions de l'arbitraire. En 1753, il est dissous : une *chambre royale* vient s'offrir pour le remplacer; la classe éclairée et influente qui défend les

[1] Origine du chemin appelé de *la Révolte*, et partant de Versailles pour passer à côté de Paris.

intérêts des justiciables laisse ce nouveau pouvoir dans la solitude.

Le prince infortuné, sous lequel le parlement devait tomber pour ne jamais se relever, naît en 1754, et le parlement de Paris est rappelé en l'honneur de sa naissance. Plus fort après sa chute, le parlement veut systématiser son opposition en France; il provoque une vaste association de toutes les cours souveraines, sous le nom de *classes* [1] : le parlement de Paris élève fièrement sa tête au-dessus des autres classes en 1756. La royauté ne pouvant l'anéantir, veut le mutiler dans ses rejetons les plus vivaces; elle supprime la chambre des jeunes magistrats, la chambre des enquêtes, après l'attentat de Damiens du 5 janvier 1757 [2].

Mais, quinze ans après l'association parlementaire, les ministres de la royauté résolurent de renverser le pouvoir qui disputait aux successeurs de Louis XIV l'héritage du gouvernement absolu; et un ancien premier président du parlement de Paris se chargea de frapper à mort la magistrature entière. En 1771, Meaupou, prostituant la simarre de d'Aguesseau aux pieds de la comtesse Dubarry, lui apporta les clefs du parlement; et, à la fin de la même année 1771, tous les parlements de France furent abolis [3]. Pendant trois ans, le parlement Meaupou vint se livrer à la haine et à la risée publiques. L'opinion, qui grandissait au milieu de ces secousses, sillonna du fouet satirique de Beaumarchais ces envoyés, honteux de leur intronisation, qui figuraient à l'antique place des Harlay, des de Thou, des Molé, des Seguier.

Les anciens magistrats, qui avaient dû leur premier rappel à la naissance de Louis XVI, durent leur résurrection politique à son avénement à la couronne. En 1774, ils furent réinstallés avec tout l'éclat d'une inauguration; mais ils sentirent bientôt que l'esprit de liberté et de progrès social les avait dépassés. Turgot, qui avait reçu de l'opinion publique la mission élevée de faire pas-

[1] Les classes s'associèrent en 1756; le nom de *classes* était ancien.

[2] Le procès de Damiens, avec toutes les pièces de l'instruction, a été publié en 4 volumes, en 1757.

[3] Voir le Recueil des Réclamations et Protestations, 2 vol., 1775.

ser dans les institutions les idées progressives, les besoins reconnus, et d'accomplir paisiblement, au nom d'un trône rajeuni et purifié par la vertu du monarque, une révolution sociale qui pouvait plus tard s'élancer redoutable, Turgot, dès ses premiers pas dans la carrière, trouva pour obstacle, et pour obstacle alors insurmontable, le parlement! Six édits qui supprimaient les corvées, les maîtrises et les jurandes, et ouvraient la série des grandes réformes, ne sont enregistrés qu'en *lit de justice ;* et bientôt Turgot et Malesherbes sont obligés de se retirer devant l'alliance rétrograde de la noblesse, du clergé, du parlement et même des communautés d'arts et métiers. Les édits de Turgot et les arrêts du conseil rendus par ses soins sont rétractés : les corvées pour les grandes routes sont rétablies, les maîtrises et les jurandes donnent encore leur chaîne à l'industrie; et, à la place des arrêts du conseil de novembre 1774, qui autorisent la libre circulation des grains, Clugny, successeur de Turgot, établit la Loterie royale de France [1]!

Le parlement ne s'arrêta pas dans cette première opposition contre l'esprit d'amélioration sociale. Un ministre, qui avait largement agrandi l'abîme devant la monarchie, tout en jetant des fleurs sur ses bords pour faire illusion à la cour, Calonne a vu, en 1787, « que le seul moyen de sauver la monarchie, s'il en « était encore temps, était de revenir aux plans de Turgot. » Devant la première assemblée des notables, il fait entendre ces paroles paradoxales et pleines cependant d'une vérité menaçante : « Que reste-t-il pour suppléer à tout ce qui manque, et « pour tout ce qu'il faudrait pour la restauration des finances? « — Les abus. »

Calonne propose alors d'abolir les *corvées*, de rétablir la libre circulation des grains ; il propose les assemblées provinciales, l'impôt du timbre, la subvention territoriale. L'assemblée, irritée contre l'homme, le force à la retraite, mais adopte ces projets con-

[1] Arrêts du conseil, 2 novembre 1774, sur les grains; 3 déc. 1776 et 20 juillet 1777, sur la loterie.

sacrés par le grand nom de Turgot, mort six ans auparavant. Le parlement résiste; il refuse l'impôt du timbre et l'unité de l'impôt territorial : il défend les droits de la noblesse et du clergé avec toute l'énergie qu'il opposait à ces deux ordres en 1720, en 1753; et toutefois il sent le besoin de répondre à l'opinion publique qui a fait sa force, et dans ses remontrances il lègue à la nation un manifeste des droits de la monarchie tempérée, manifeste éloquent qui rappelle celui de Malesherbes résistant à Meaupou, en 1771, à la tête de la cour des aides. Le parlement proteste en faveur de la liberté individuelle et de la propriété; et, dans une atmosphère chargée de vapeurs orageuses, il prononce le nom électrique des *états généraux*. Le clergé, son nouvel allié dans l'assemblée de 1788, répète aussi le cri des *états généraux*, et la France entière demande au roi les *états généraux*. — Le parlement, qui n'a prononcé ce mot, signal de la révolution, que dans une opposition étroite et momentanée, est brisé une seconde fois. Mais la main de Lamoignon peut moins contre lui que celle de Meaupou : les grands bailliages et la cour plénière sont jetés un instant sur le sol mouvant des innovations judiciaires; ils passent sans laisser aucune trace. Avec Necker qui caresse l'opinion publique et les parlements, et qui ne voit pas leur scission imminente, le parlement reparaît : une joie bruyante et sinistre, dans les classes populaires qui s'habituent aux émeutes, marque de sang ce retour qui sera le dernier, et peut faire entrevoir dans l'avenir de plus violentes commotions. — Une déclaration du roi fixe la convocation des états généraux au 5 mai 1789.

Le parlement l'enregistre; mais il sent alors que c'est son arrêt de mort politique qu'il a provoqué, et il veut imposer à la convocation la condition des formes suivies pour les états de 1614, afin d'enchaîner l'élément nouveau dans des liens d'impuissance. Ce retour vers le passé a révélé soudain aux moins clairvoyants la pensée parlementaire : l'antique défenseur de la liberté publique, l'antique représentant du progrès social abdique son titre aux yeux des masses; le divorce éclate irrévocablement entre le parlement

et l'opinion publique, et ces magistrats, naguère si populaires, restent dans leur sanctuaire déserté comme de fausses idoles dans lesquelles le peuple n'a plus foi.

Le parlement, à son tour, a donc subi de la part de l'opinion publique, l'arrêt de déchéance.

Ainsi la noblesse, le clergé, le parlement, la royauté, la monarchie de Louis XIV tout entière, en moins d'un siècle et demi, ont été marqués du signe fatal, et ils seront livrés à l'esprit destructeur qui se lèvera sur la société à la fin du dix-huitième siècle, chassant devant lui tout à la fois les débris du moyen âge et les institutions de la monarchie absolue.

Remontons maintenant la période que nous venons de parcourir, et transportons-nous dans la sphère spéciale de la SOCIÉTÉ CIVILE, dont nous nous sommes éloigné quelque temps, pour mieux comprendre et juger les ordonnances qui s'y rapportent.

§ III. — SOCIÉTÉ CIVILE. — ORDONNANCES DES DIX-SEPTIÈME ET DIX-HUITIÈME SIÈCLES; NOTAMMENT DE COLBERT ET DE D'AGUESSEAU.

Sous Louis XIV, de belles ordonnances sont rédigées; mais la société civile proprement dite n'avance pas; elle est stationnaire ou subit des modifications naissant de l'influence du pouvoir absolu.

Nous allons la considérer par rapport à la propriété et à la constitution de la famille, sous leur point de vue général à l'égard des catholiques; sous leur point de vue exceptionnel à l'égard des protestants, et à l'égard des esclaves coloniaux. — Nous étudierons ensuite les ordonnances dans leurs voies de réforme et de progrès, en signalant aussi les anomalies qui s'y rencontreront.

N° Ier. — Législation générale à l'égard des catholiques. — Ordonnances dans leur rapport avec la propriété et la constitution de la famille.

Il y a au dix-septième siècle cinq grandes classes de propriétés :

1° Les biens nobles ;

2° Les biens roturiers ;

3° Les biens des gens de mainmorte ou des communautés soit ecclésiastiques, soit laïques ;

4° Les biens de la couronne ;

5° Les offices vénaux et transmissibles.

Chaque classe de propriété a ses droits, ses charges et ses maximes. Au-dessus d'elles s'élève une puissance absolue dans son principe et limitée seulement dans ses applications par la barrière des traditions et des mœurs. Cette puissance est celle qu'on appelle, dans le sens actif, le domaine de la couronne.

A chaque classe de personnes correspond toujours une classe de propriétés, et, par suite de cette loi sociale, au roi absolu correspond le domaine de la couronne, portant ses prétentions jusqu'à l'universalité d'un droit de *domaine éminent*.

Louis XIV a exprimé lui-même sa pensée intime sur ce qu'il regardait comme le droit de propriété appartenant à la royauté. Dans ses Instructions pour le Dauphin, il dit [1] : « Tout ce qui se « trouve dans l'étendue de nos États, de quelque nature qu'il « soit, nous appartient au même titre. — Vous devez être per- « suadé que les rois *sont seigneurs absolus* et ont naturellement « la *disposition pleine et libre de tous les biens qui sont pos- « sédés*, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, « pour en user en tout comme de sages économes. »

« Il ne lui vint pas même en pensée, dit un illustre écrivain, que la liberté, la propriété, la vie d'un de ses sujets, ne fussent pas à lui [2]. »

Ce principe fut professé ouvertement par les ordonnances [3] :

[1] *Œuvres de Louis XIV*, édit. 1806, t. II, p. 93 ; *Mémoires et Inst.* pour le Dauphin.

[2] Chateaubriand, *Études hist.*, 3 *ter*, p. 443.

[3] Ce n'était pas le principe professé au quinzième siècle. — Jean Juvénal des Ursins, archevêque de Reims et chancelier, disait à Charles VII : « Quelque chose qu'aucuns disent de votre puissance ordinaire, vous ne « pouvez pas prétendre le mien, ce qui est mien n'est point vôtre ; peut

déjà le germe en avait été déposé dans le code Marillac ou l'ordonnance de 1629 : les parlements l'avaient étouffé à sa naissance. Il se reproduisit dans les édits de 1641 et de 1676; mais ce fut surtout l'édit du mois d'août 1692 qui proclama la *mouvance directe et universelle du roi sur toutes les terres du royaume.*

L'édit porte : « L'application continuelle que nous avons à rechercher toutes les parties de notre domaine qui ont été ci-devant « aliénées ou usurpées, nous ayant fait connaître que nous n'avons « pas de droit, n mieux établi, ni plus inséparablement attaché « à notre couronne, que celui de la mouvance directe et universelle que nous avons sur toutes les terres de notre royaume, « nous avons en même temps remarqué qu'il y en a actuellement « un grand nombre, tant nobles que roturières, lesquelles sont « possédées en franc-alleu, sans avoir pour cela aucun titre de « nous, ce qui communément n'est provenu que des affranchissements qui ont été accordés par les seigneurs suzerains, ou de « la négligence qu'ils ont mise à se faire rendre les hommages « ou passer les reconnaissances qui leur étaient dues par leurs « vassaux censitaires; au moyen de quoi ils ont prétendu avoir « prescrit leur liberté, laquelle cependant ils n'ont dû, ni dans « l'un, ni dans l'autre cas, acquérir à notre préjudice, *le seigneur « suzerain n'ayant pu préjudicier à nos droits* en affranchissant son vassal, lequel au contraire a dû retomber *dans notre « main* comme seigneur supérieur ; et la prescription que le « vassal prétend pouvoir acquérir contre son seigneur, quand il « le prétendrait avec justice, ne pouvait avoir lieu contre nous : « c'est sur ce fondement que, par l'ordonnance de 1629, il avait « été ordonné que tous héritages qui ne se trouveraient relever « d'aucun seigneur seraient censés relever de nous, à moins que « le possesseur ne fît apparoir de bons titres au contraire, et que,

« bien être qu'en la justice vous êtes souverain, et va le ressort à vous : « vous avez votre domaine et chacun particulier a le sien. » — Remontrance de Juvénal des Ursins, manuscrit de la bibliothèque du roi, cité par Loysel, *Opuscul.*, p. 490.

« par notre édit de décembre 1641, nous avions ordonné que « tous les possesseurs des terres nobles ou roturières, en franc-« alleu, seraient tenus de prendre des lettres de nous, et de nous « payer pour cet effet une finance; mais, cet édit étant demeuré « sans exécution, nous avions jusqu'à présent toléré cet abus, « lequel dans la suite en a produit encore un autre plus préju-« diciable à nos droits par les inféodations et aliénations qui ont « été faites, par une partie des possesseurs desdites terres en franc-« alleu roturier, des portions de leurs héritages à titre de cens « ou à charge d'hommages et de lods et vente, ou autres droits « seigneuriaux aux mutations, au moyen de quoi ils *ont fait des « fiefs de leurs rotures*, ce qui ne peut se faire qu'en vertu des « lettres obtenues de nous, à qui seul appartient le droit d'anoblir « les *hommes et les biens*. »

En conséquence, le roi confirme la possession des détenteurs d'héritages et de terres en franc-alleu, mais à la charge par eux de payer une année de leurs revenus; et il veut que les possesseurs de terres en franc-alleu noble payent en outre un dixième de la valeur des héritages inféodés par eux ou leurs auteurs. — Et depuis ce temps, la maxime nulle terre sans seigneurs, qui, pendant l'époque même de la féodalité, était balancée par la maxime nul seigneur sans titre, a été appliquée dans la plupart des provinces d'une manière absolue en faveur du roi, seigneur suzerain.

Le domaine de la couronne a exercé efficacement sa prétention à un droit universel, sinon par la *possession réelle*, du moins par l'exercice de droits régaliens sur les biens des trois premières classes, c'est-à-dire les biens nobles, les biens roturiers, les biens des gens de mainmorte, lesquels constituaient la propriété féodale et ecclésiastique. — Suivons son action sur cette échelle.

1° Les biens nobles, possédés par des nobles, ne peuvent sortir affranchis de leurs mains; il n'y a que le roi qui puisse accorder le droit de franc-alleu: « Tous les héritages du royaume étant « tenus du roi médiatement ou immédiatement, il n'y a que lui

« qui puisse accorder le droit de franc-alleu ; en telle sorte que « nulle personne ne peut être affranchie du droit féodal et censier « sans l'expresse volonté du roi ; parce que, si un seigneur affran- « chit un héritage de sa mouvance, il empêche seulement qu'il ne « relève de lui à l'avenir ; mais cet héritage relève alors immé- « diatement du seigneur dominant, et de degré en degré revient « à sa source, c'est-à-dire à la mouvance de la couronne[1]. » — Si les biens nobles sont possédés par des roturiers, le domaine de la couronne a sur eux le droit de franc-fief[2], qui s'exerce à raison même de la détention, par des roturiers, de fiefs et biens nobles; c'est le prix par lequel ils rachètent envers la couronne leur incapacité ; et les roturiers possesseurs de biens, même en franc-alleu noble, sont sujets au droit de franc-fief, droit qui remontait à saint Louis et à l'époque des croisades[3].

2° Les biens roturiers sont sujets envers le domaine de la couronne à la taille, qui ne frappe que sur cette nature de biens, en signe de leur servile origine et de celle de leurs possesseurs. Des lettres de noblesse avaient été vendues en grande quantité, surtout au commencement du dix-septième siècle. Des propriétaires nombreux se firent par ce moyen exempter de la taille ; une ordonnance de 1664 prononça la révocation des lettres données depuis trente ans, et prescrivit la recherche des nouveaux anoblis. L'ordonnance elle-même indique en ces termes le motif de cette recherche, « parce qu'un très-grand nombre de propriétai- « res ont acheté des lettres pour être exempts de la taille[4] : »

[1] *Dictionnaire raisonné des domaines et droits domaniaux*, t. II, p. 245, qui cite plusieurs autres autorités. (3 vol. in-4°, éd. 1762.)

[2] Droit de franc-fief est une finance perçue à des époques périodiques et irrégulières.

[3] Ce droit, établi pour dispenser les roturiers de leur incapacité de posséder des fiefs, avait été rappelé par arrêts du parlement de 1265, 1282 ; par l'ordonn. de Charles le Bel de 1326, et surtout par l'édit de Louis XIV de novembre 1656 (*Voir* Gourcy, *État des personnes*, p. 258).

[4] Lemontey, dans son *Essai de la Monarchie de Louis XIV*, paraît avoir commis une erreur en donnant à cette recherche un tout autre motif que celui qui est exprimé dans l'ordonnance, et qui s'explique par l'intérêt réel et pécuniaire du gouvernement.

elle a été souvent renouvelée dans le cours du dix-huitième siècle.

3° Les biens des gens de mainmorte sont dans une dépendance plus étroite du domaine de la couronne que les biens nobles et roturiers ; car les ecclésiastiques et les autres gens de mainmorte sont déclarés, par l'ordonnance du 14 octobre 1704, *incapables de propriété*. Leur possession n'est qu'une sorte de concession de la couronne, et les droits d'amortissement payés à celle-ci ont pour objet de les relever de cette incapacité ; le texte est précieux à recueillir : « Les ecclésiastiques et autres gens de « mainmorte ont été censés dans tous les temps incapables de « posséder aucune sorte d'immeubles dans notre royaume ; c'est « ce qui a donné lieu aux rois, nos prédécesseurs, de les assujettir « en différents temps au payement des droits d'amortissement, « pour les relever de cette incapacité; » et, par ce motif, les rentes constituées, possédées par les gens de mainmorte et considérées comme immeubles, sont assujetties au droit d'amortissement. — Quant aux bénéfices, nous avons vu plus haut que Louis XIV étendit sur eux la régale universelle.

A ces droits généraux s'unissent des droits régaliens qui ont une autre application et qui ont aussi le caractère de droits réels : le droit de dixième sur toutes les mines, droit créé par l'édit de juin 1413, sous Charles VI, confirmé par Charles IX [1], et modifié par Henri IV, qui excepta du dixième les mines de fer, de charbon de terre et autres substances terreuses ; le droit d'aubaine, qui fut reconquis par la couronne sur les seigneurs féodaux, et qui s'exerçait par la taxe sur les étrangers et la confiscation de leurs biens à leur décès [2] ; le droit de bâtardise, ou droit à la succession des bâtards, qui fut encore attribué à la couronne malgré les dispositions contraires des coutumes et l'autorité de Dumoulin, d'Argentré, Loyseau, Bourjon, etc. Le parlement confirma ce droit

[1] Édit du 28 septembre 1565.

[2] Taxe sur les étrangers, édits de Henri III, 1587 ; Louis XIII, 1612 ; de Louis XIV, 1646-1651-1697-1711.

nouveau de la couronne par un arrêt du 9 mai 1716, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau, procureur général[1].

Le droit que s'attribuait la couronne avait si peu de limites, qu'il ne respectait pas même celles que le roi s'était le plus solennellement imposées. Ainsi un édit de novembre 1656 vendit aux roturiers la permission de posséder des fiefs, arrière-fiefs, alleux, héritages, rentes, dîmes inféodées et autres biens nobles avec affranchissement des droits de franc-fief pour l'avenir. Le prix était fixé à la valeur des revenus de deux ans. Les possesseurs, successeurs et ayant-cause sont déclarés capables de les posséder, sans qu'à l'avenir ils puissent être mis hors de leurs mains[2]. — En 1672, même privilége est accordé à tous les possesseurs dans tout le royaume, ainsi qu'à leurs successeurs. — Eh bien, en août 1693, un autre édit du roi nie formellement la promesse d'affranchissement vendue au profit des possesseurs et de leurs successeurs, dit qu'elle a été limitée aux possesseurs existants alors, et impose le droit de franc-fief aux représentants de ceux qui l'avaient racheté, quarante ans auparavant, pour eux et leurs successeurs !

Autre exemple de cet absolu pouvoir que s'arroge le domaine : une déclaration de 1696 avait autorisé tout individu à acquérir des droits seigneuriaux; — deux édits de 1705 et 1715 donnèrent aux seigneurs la faculté d'en dépouiller les acquéreurs, en remboursant le prix à ces derniers; mais il fallait aussi payer pareille somme au trésor : en exerçant pour le trésor et pour les seigneurs de fiefs, au détriment des roturiers, cette intervention violente dans les conventions privées, le roi disait qu'il avait pour but d'arracher des semences de divisions éternelles dans les familles[3].

En résultat, la féodalité subsistait dans l'ordre civil quant à la

[1] *Traité des Offices*, publié par Guyot, 1786, t. I, 251. Les deux premiers volumes, très-précieux, sont de Merlin, alors avocat.

[2] Ce privilége avait été accordé déjà aux habitants des grandes villes; l'édit l'accorde aux habitants des petites villes, bourgs et paroisses.

[3] Préambule de l'édit du 15 février 1716.

propriété; les modifications qu'elle avait reçues n'étaient autre chose que l'extension, au profit de la royauté, de droits ou de principes préexistants. La distinction fondamentale des personnes et des biens, qui était la base du droit civil de la féodalité, subsistait tout entière; il n'y avait de plus qu'un droit général de suzeraineté réelle et productive; et ce droit de suzeraineté, appartenant au roi, tenait spécialement à la tradition du régime féodal.

Mais le roi avait une autre qualité que celle de suzerain ayant droit à la mouvance directe et universelle.

Il avait la qualité de propriétaire du *domaine de la couronne* pris dans le sens passif. — Ce domaine comprenait les biens qui avaient composé successivement les domaines des rois de France, et ceux que le prince possédait, comme domaine privé, à son avénement au trône. Les biens qu'il acquérait pendant son règne, à titre particulier, n'étaient domaniaux que lorsque, pendant dix ans, ils avaient été régis comme les autres biens de la couronne[1].

Comme propriétaires des biens attachés à ce domaine, les rois en avaient souvent aliéné des dépendances à titre d'inféodations. Mais l'ordonnance de 1566 prohiba ces inféodations pour l'avenir, et déclara formellement le domaine inaliénable. L'inaliénabilité reçut, tant par cette ordonnance que par celles de 1667 et 1711, quatre exceptions principales :

1° L'aliénation était permise pour constituer l'apanage des fils de France ou princes du sang : l'aliénation était faite alors sous condition de retour à défaut d'héritier mâle.

2° En cas de guerre, le roi pouvait aliéner pour subvenir aux besoins de l'État; mais l'aliénation était faite sous perpétuelle faculté de rachat; les acquéreurs du domaine formaient la classe des propriétaires ou possesseurs appelés *engagistes*.

3° A l'égard des *petits domaines*, landes, remparts, moulins, fours, etc., l'aliénation absolue en était permise (édit de 1708).

4° Les échanges étaient autorisés; et quand ils étaient précédés et suivis de lettres patentes et procès-verbaux d'évaluation en-

[1] *Ord.* de 1566.

registrés au parlement, la propriété était définitivement transportée à l'échangiste (ordonnances de 1667 et 1711)[1].

Loyseau rapporte que trente ans après l'ordonnance qui avait autorisé les aliénations sous pacte de rachat, presque tous les domaines de la couronne étaient engagés.

Mais une autre classe de propriété vint en aide aux rois : nous voulons parler des offices; et alors commença dans l'histoire de la propriété une modification importante, que nous avons indiquée seulement en nous occupant du seizième siècle.

La royauté de la troisième dynastie était sortie du sein de la féodalité ; elle lutta bientôt contre elle, mais en soutenant la lutte, elle vivait des éléments dans lesquels elle avait pris naissance; seulement, pour vaincre la féodalité, elle appelait le secours des autres principes que manifestait le mouvement de la civilisation. Le roi était seigneur, administrateur et chef dans ses domaines, parce qu'il en était propriétaire; les seigneurs, dans leurs domaines, étaient législateurs et maîtres, parce qu'ils étaient propriétaires. L'idée de propriété était fondamentale dans la féodalité : elle accompagna la royauté dans ses luttes, dans ses victoires, dans ses progrès vers l'unité de gouvernement. Aussi qu'est-il arrivé? La royauté, parvenue à un point culminant, ne s'est pas regardée seulement comme un pouvoir s'exerçant au profit de la société, elle s'est regardée comme propriétaire de la puissance souveraine; et ce dogme politique de propriété, né de la tradition féodale, est entré dans la conscience publique. Les jurisconsultes des seizième et dix-septième siècles reconnaissaient cette propriété *en droit :* Loyseau, l'un des plus profonds jurisconsultes français et des esprits les plus indépendants de son époque, disait, au traité des Offices[2] : « Les rois de la terre ont prescrit la propriété de la « puissance souveraine et l'ont jointe avec l'exercice d'icelle; « ils ont en perfection la propriété de toute puissance publique. »

[1] Voir *Répertoire* de Favard, *Domaines engagés,* 1, nos 4 et 5.
[2] Loyseau, *des Offices,* liv. II, ch. II, nos 21-28.

De là cette grave conséquence : c'est que le roi étant réputé propriétaire de la souveraineté, du gouvernement et de l'action administrative conquise sur la féodalité, toutes les fonctions tendant à produire au dehors cette action, cet exercice partiel de la puissance royale, ont été réputées faire partie du domaine de l'État : ces fonctions possibles ont composé la partie du domaine appelée le domaine incorporel de la couronne ; elles sont devenues des biens nouveaux, immobiliers, aliénables, susceptibles de prix et d'hypothèque, de transmission et d'hérédité. Les offices se sont développés dans l'ordre civil comme une branche importante de propriété, ayant plusieurs rapports avec le système dominant, la propriété féodale.

Ce phénomène historique demande quelque détail. L'immense travail que Loyseau a consacré *aux offices*, livre dans lequel il a réuni tant de trésors d'érudition sur notre vieille France, suffit seul pour révéler le haut intérêt du sujet[1].

C'est une chose d'abord bien remarquable que le roi qui imprima au gouvernement la plus forte impulsion vers l'absolu, Louis XI, est aussi le premier qui établit la perpétuité des offices ou des charges de l'État. — Charles VII, son père, avait conservé formellement les offices par élection ; il avait fait défense de les vendre : mais Louis XI, par son ordonnance de 1467, ayant établi la perpétuité, l'inamovibilité des offices, sauf le cas de forfaiture, avait jeté sans le vouloir la première semence de leur vénalité. Sous son règne, l'effet s'en manifesta : un illustre contemporain, Philippe de Commines, nous apprend qu'on vendait déjà des offices sans gages 800 écus, et des offices *à gages* pour un prix dépassant quinze ans de gages réunis.

[1] On ne peut comprendre comment les auteurs du *Traité des Offices*, publié en 1785 par Guyot, ont pu vouloir dénigrer l'ouvrage de Loyseau comme ils l'ont fait. Qu'on sentît le besoin d'un autre ouvrage alors, à la bonne heure ; mais méconnaître le mérite historique de l'ouvrage de Loyseau, c'était abuser de la faculté de croire et de dire qu'on fait mieux que ses prédécesseurs.

Louis XI attachait une telle importance à son ordonnance sur l'inamovibilité, qu'à son lit de mort, il la fit jurer à son fils, et envoya l'acte du serment au parlement[1]. — Toutefois Charles VIII modifia l'ordonnance qu'il avait jurée, et par celle de 1493 il voulut que les offices de finances fussent à titre de commission révocable; et, comme les ventes d'offices entre particuliers devenaient fréquentes, l'ordonnance porta défense de vendre les offices de judicature. Louis XII, pressé par les besoins nés de ses guerres d'Italie et suivant l'exemple récent des Vénitiens, permit ouvertement la vente des offices de finances et les fit vendre au profit du trésor. Son édit de 1508 défendit encore la vente des offices de judicature; la prohibition fut inutile. Pour tous les offices sans distinction, François Ier et le chancelier Duprat firent ouvrir en 1522 un bureau public où se faisait la vente des offices; ce fut le bureau des *parties casuelles*, institué, dit énergiquement Loyseau, *pour servir de boutique à cette nouvelle marchandise*.

A la fin du seizième siècle, presque tous les offices étaient l'objet du commerce nouveau, tant de la part des particuliers que de la part de l'État.

L'État divisait, subdivisait les fonctions pour créer de nouveaux offices, et toujours on se précipitait vers cette nouvelle source de propriété et de dignité publique. « En cinquante ans, dit Loyseau, « il se créa plus de cinquante mille offices (ajoutés aux premiers). « La moitié des habitants des villes est officier... C'est une manie « qui nous agite, une *archomanie*, une fureur d'offices. — Plus « il y a d'offices, plus il y a de presse à en chercher. — C'est « une manne qui ne manque jamais pour la couronne. — C'est « une source qu'on ne peut épuiser. — Qui n'aura argent ven- « dra sa terre, qui n'aura assez de terre se vendra soi-même, si « on lui permet, et consentira d'être esclave pour devenir of- « ficier[2]. »

[1] Loyseau, *Offic.*, liv. I, ch. III.
[2] Liv. III, n°s 81 et suivants.

La vénalité des offices envahit successivement les finances, les greffes, notariats et consignations, les charges de judicature, sans distinction, les charges militaires, celles de la maison du roi, et même, sous Louis XIV, les charges municipales [1].

« Ayant égard à ce qui se fait, dit Loyseau, qui écrivait au « commencement du dix-septième siècle (1608), tous les offices « sont vénaux : » leur multiplicité cependant n'était pas encore tout ce qu'elle est devenue depuis. Il n'y avait que les offices approchant le plus près de la couronne qui n'étaient pas réputés vénaux, comme ceux de connétable, de chancelier, de surintendant des finances.

La vente des offices était publique ; le conseil du roi fixait la taxe qui devait servir de mise à l'enchère, l'adjudication était au plus offrant.

L'office est défini, « une dignité ordinaire avec fonction pu- « blique en l'État ; » les offices vendus deviennent *propriété*, parce que toute vente emporte aliénation et attribue à l'acheteur la propriété de la chose vendue [2]. — Les offices vendus sont, à titre de propriété, transmissibles par voie de succession ; ils sont héréditaires d'une manière absolue, ou l'hérédité en est subordonnée à quelque condition.

Les offices absolument héréditaires sont les offices appelés domaniaux, c'est-à-dire ceux dont l'exercice, avant l'époque des aliénations, était donné à ferme, et ceux qui ont été expressément réunis au domaine, comme les greffes, notariats, recettes de consignations. Ceux-ci, tels que les objets dépendants du domaine corporel de la couronne, étaient vendus sous condition de rachat perpétuel ; ils étaient transmissibles entre-vifs et par succession, sans autorité ni lettres du roi. — Le roi pouvait seulement les racheter, pour le prix qu'il en avait antérieurement retiré, ce que Richelieu proposa en 1626. Ils constituaient des immeubles

[1] Finances, 1586 ; sceaux, 1570-1580 ; greffes, 1580 ; notariats, etc. 1597 ; recettes de consignations établies, 1595.

[2] Loyseau, liv. III, ch. I, n° 37.

susceptibles *de suite* par hypothèque jusqu'au remboursement du roi. — Les offices étaient encore purement héréditaires par le privilége de leur institution, comme les offices des forêts, des gabelles, des finances; ils étaient conférés par lettres de provision; ils constituaient des immeubles susceptibles d'hypothèque imparfaite, c'est-à-dire que le droit de *suite* n'avait lieu qu'après la saisie interposée par le créancier.

Les offices héréditaires, sous certaines conditions, étaient ceux qui, simplement viagers par leurs lettres de provision, recevaient le droit de survivance dans le cours de leur exercice. Ces survivances étaient acquises d'abord d'une manière définitive; elles furent, par l'édit de 1604, subordonnées à l'acquittement d'un droit annuel : l'officier payait le soixantième annuellement, pour conserver à sa femme ou à ses héritiers la propriété de l'office. Cette sorte de prime d'assurance pour la transmission de la charge s'appelait la *Paulette*[1].

Tous les droits qui se rattachent aux immeubles et aux ventes d'immeubles devenaient propres aux offices; ils avaient aussi un droit puisé dans leur nature spéciale.

La résignation de l'officier en faveur d'un tiers donnait droit à l'office (*jus ad rem*); elle ne transférait pas l'office de pleine autorité, sauf les offices domaniaux; mais elle le remettait au collateur, au roi, à telle condition qu'il était tenu de le conférer au résignataire ou acquéreur[2]. Les lettres de provision étaient l'investiture accordée par le roi, moyennant certaine finance; à chaque mutation la provision était nécessaire : c'est elle qui donnait droit en l'office (*jus in re*), et qui mettait l'office dans le bien du pourvu; elle lui attribuait un droit exclusif. — Le droit du collateur, ou du roi en cette qualité, était consommé et éteint par la première provision qu'il en avait concédée.

[1] Du nom de Charles Paulet, son inventeur; il faut voir dans Loyseau le mouvement des *officiers* pour le payement de la paulette, le chagrin de ceux qui arrivent trop tard et qui ont peur de mourir dans la nuit. Il y a là des traits de mœurs précieux.

[2] Loyseau, liv. II, ch. I, p. 227, édit. 1613.

Le pourvu pouvait revendiquer son office par action réelle contre tout détenteur; et malgré l'autorité contraire de Dumoulin, les parlements décidaient que l'officier pouvait former complainte possessoire pour les droits de son office, comme le bénéficier ecclésiastique pour son bénéfice [1].

Mais un officier ne pouvait intenter complainte contre le roi, ou autre collateur de son office, qui en était comme le seigneur direct [2] : « Ainsi, en matière d'héritage, dit Loyseau, on n'approuve « pas la complainte d'un vassal, d'un censier contre son seigneur « direct; mais pour le respect qu'ils lui doivent, ils doivent pren- « dre autre voie que complainte. »

Quant à l'exercice public de la fonction, ce n'était qu'après la réception solennelle et le serment prêté que l'officier pouvait s'en prévaloir; la réception attribuait le pouvoir, le rang, l'honneur.

Les rois quelquefois sentirent qu'en aliénant les fonctions avec survivance, il diminuaient leur puissance souveraine; ils révoquèrent et rétablirent successivement les survivances: il y eut grande fluctuation d'édits [3]. La survivance pure et simple avait été remplacée, en 1604, par la survivance à l'annuel. Mais Louis XIV rétablit la survivance pure et simple par édit du 16 août 1657. Les offices de toute espèce furent déclarés héréditaires, et les survivances permanentes furent renouvelées. Les offices reprirent une nouvelle activité. Les prévôts des maréchaux, vice-baillis, vice-sénéchaux, lieutenants criminels, archers et officiers dépendant de la maréchaussée, les chevaliers du guet, les maîtres de poste, les courriers furent investis d'offices héréditaires : même les charges des *perruquiers* étaient devenues vénales et payaient des droits à l'État; les documents historiques portent à 22 millions les sommes qu'elles procurèrent au trésor [4].

[1] Loyseau, liv. I, n° 62; Bodin, *République*, liv. III, ch. v.

[2] Loyseau, *idem*, n° 69.

[3] Édits de révocation, 1568-1574-1598; édits de rétablissement, 1577, 1579-1586.

[4] Une pétition des perruquiers sur leurs offices fut présentée à l'assemblée constituante, en décembre 1790 (*Histoire parlementaire*, t. VIII, p. 198.

Pour percevoir les droits des offices, il fut établi une charge particulière, en 1559, sous le nom de garde des rôles des offices de France ; et pour la garantie des créanciers, on établit une conservation des hypothèques sur les offices (1706)[1].

Louis XIV créa des offices nombreux ; on en porte le nombre à quarante mille[2]. Un édit de création digne d'être signalé est celui d'août 1692 : des offices de maire furent fondés dans chacune des villes et communautés ; la royauté absolue vendit l'ancien titre du représentant des libertés communales. Si la régence, en 1717, supprima ces offices, ils furent rétablis complétement par Louis XV, en 1733, et même la charge des gouverneurs de province fut érigée en office vénal. — Rappelons ici que, malgré une funeste habitude d'abnégation nationale, les états de Bourgogne donnèrent un bel exemple en rachetant, du moins, le droit de nommer aux offices municipaux.

Le système des offices vénaux et héréditaires alla jusqu'à envelopper les offices sans finance et les charges amovibles, par le moyen des *brevets de retenue.* Les offices sans finance et les charges amovibles ne changeaient presque jamais de mains, sans que le nouveau pourvu payât une somme à son prédécesseur. Un brevet autorisait le fonctionnaire à retenir cette somme soit en partie, soit en totalité, sur celui en faveur de qui il se démettait par la suite ; ainsi on rendait vénal ce qui paraissait accordé à la confiance, et héréditaire ce qui, de sa nature, n'était pas même à vie[3].

Nous avons rapporté plus haut l'origine de l'aliénation et de la propriété des offices au principe établi, avec l'assentiment des peuples et des jurisconsultes, que le roi était propriétaire de la

[1] Un édit de 1683 avait réglé la distribution du prix des offices entre créanciers opposants au sceau et expédition des lettres de *provision*.

[2] Lemontey.

[3] *Histoire parlementaire,* t. VIII, p. 65.

puissance publique. La royauté absolue avait aliéné les offices, comme les rois de la première et de la deuxième race avaient aliéné les bénéfices et les fiefs. Loyseau nous fait entrevoir à cet égard un point de vue historique digne d'être saisi et mis en lumière : dégagé des nuages qui l'obscurcissent, il manifeste son rapport avec les idées que nous avons développées jusqu'à présent.

« Il y a eu de tout temps[1] une grande affinité, *voire* une « conformité presque entière, quant au droit et commerce, entre « le fief et l'office ; car, outre que l'un et l'autre consistent en « une fonction personnelle et subsistent formellement en la foy, « fief, aussi bien que l'office, finissait anciennement par la mort « du vassal ; mêmement que l'un comme l'autre était de sa pre- « mière institution révocable à la volonté du seigneur. Bref, l'of- « fice et le fief n'avaient lors autre différence sinon que la fonction « de l'office est publique, et celle du fief est privée, à savoir d'as- « sister son seigneur en guerre, en signe de quoi le serment de « l'office se fait publiquement, et l'hommage du fief se rend en « privé ; et aussi la récompense de l'officier consiste ordinaire- « ment en gages perceptibles du public, et celle du feudataire en « héritages dont il jouit par ses mains..... »

La grande affinité que Loyseau remarque entre le fief et l'office se retrouve dans leurs phases successives : la même révolution qui s'était accomplie dans l'ordre des bénéfices et des fiefs de la première et de la deuxième race, s'était reproduite dans l'ordre des offices de la troisième dynastie, depuis Louis XI et Louis XII. — Le système de la propriété des offices, examiné dans ses bases et dans ses destinées, peut être même considéré comme une transformation nouvelle de la propriété féodale, une dérivation de son principe. Ce ne sont plus, à la vérité, des terres faisant partie du domaine corporel attaché à la couronne qui sont données en bénéfices et fiefs ; ce sont des fonctions, faisant

[1] Loyseau, *Offices*, liv. II, p. 231.

partie du pouvoir ou du domaine incorporel dont la couronne est reconnue propriétaire, qui sont données en offices : or, des rapports frappants se manifestent entre les usages applicables aux offices considérés comme biens, et les usages relatifs aux bénéfices à vie et fiefs héréditaires des premiers temps. Les officiers sont des seigneurs et vassaux relevant d'un suzerain, le roi; les fonctions publiques leur sont inféodées par la couronne, à charge de redevance et de service public, comme les biens du fisc étaient inféodés aux barons du moyen âge, à charge de service militaire. — Les bénéfices, dans l'origine, étaient temporaires et à vie, puis ils devinrent des fiefs héréditaires. Les offices révocables, donnés à bail à ferme en 1319 par Philippe le Long[1], devinrent sous Louis XI des offices viagers, inamovibles; sous Louis XII, François I[er] et Henri IV, ils devinrent offices à survivance et héréditaires. — Si les fiefs avaient presque couvert le territoire de la France, les offices envahirent l'administration : justice, police, finances, charges de la couronne ou de la maison du roi, charges militaires, charges des villes et communautés d'habitants, etc., etc., tout fut enveloppé dans le système des offices vénaux et transmissibles. — La force avait été le principe matériel et la garantie de la féodalité territoriale; l'argent fut le principe matériel et la garantie principale de cette féodalité administrative. « La vertu, dit Loyseau, n'est plus rien « pour arriver aux charges; depuis que l'or a trouvé place, on ne « l'en peut plus chasser. » « L'ignorance et l'avarice se glissent « partout, » disait l'Hôpital[2]. » — La féodalité fut une réaction violente contre la raison et le droit. « Vouloir régler par la raison « le droit des offices, dit encore Loyseau, c'est chercher de la rai- « son où il n'y en a point et établir un droit à ce qui est établi « contre le droit. »

[1] Philippe le Long réunit au domaine les clergies et escritures (greffes et notariats), et les donna à ferme ; les baillies furent depuis affermées (Loyseau, liv. III).

[2] Loyseau, liv. I, ch. III. Lévesque, *Vie de l'Hôpital*, p. 27.

Il y a toutefois une différence dans le point de départ : la féodalité territoriale et héréditaire fut une concession arrachée à Charles le Chauve par la force et les grands vassaux, tandis que cette espèce de féodalité administrative, héréditaire, fut une concession arrachée à la couronne par ses besoins et par la puissance pécuniaire des riches du tiers état. La vanité joua un grand rôle dans l'acquisition des offices. L'espoir d'une lutte égale contre l'orgueil des grands et des seigneurs précipita un nombre immense de clercs et de bourgeois vers cette source inépuisable de dignités publiques ; des milliers d'offices donnèrent la noblesse [1]; elle fut attachée aux charges de divers parlements; la noblesse de robe marcha rivale de la noblesse d'épée : la propriété héréditaire des offices, érigée en propriété immobilière pour mieux rivaliser avec la propriété territoriale, constitua vraiment, à côté de l'antique féodalité des nobles, une féodalité bourgeoise.

Quant à la royauté, le résultat de ses aliénations presque illimitées, dans les deux ordres de féodalité, fut le même. Privée de ses domaines [2], la couronne un jour fut obligée de réagir contre les grands, possesseurs de presque tout le territoire ; de même, le gouvernement royal sentit le besoin de réagir contre la féodalité administrative. Au milieu des aliénations de fonctions à survivance et héréditaires, la royauté n'exerçait que la formalité passive et plus ou moins lucrative de la provision, de l'investiture des offices ; alors elle tenta, sinon de renverser entièrement le système, du moins de l'ébranler avec force. — Par l'édit de février 1771, elle supprima la survivance et l'hérédité. Elle prononça, sous le prétexte d'une redevance non payée dans un délai court et fatal, la confiscation des offices au profit du domaine de la couronne. Voltaire applaudit aux mesures du chancelier Maupeou. La cour des aides, par ses remontrances du mois d'août

[1] En 1789 encore, quatre mille offices conféraient la noblesse (*Histoire part.*, t. IV, p. 200).

[2] On sait que le roi fut réduit quelque temps à la possession de la ville de Laon (Sismondi, t. III).

1770, avait voulu prévenir le coup en proclamant « qu'avoir « la propriété de ses biens est le droit essentiel de tout peuple « qui n'est pas esclave[1]. » — La confiscation éteignit un grand nombre d'offices. Cependant ceux à vie subsistèrent; les survivances même furent conservées, par exception, en faveur des présidents, conseillers, procureurs généraux, avocats généraux et greffiers des cours judiciaires. — Les exceptions s'étendirent aux offices de chancellerie, aux intendants des finances et du commerce, aux charges de lieutenant du roi dans les provinces, etc. Un an après l'édit de 1771, les offices de finance ressaisirent l'hérédité; et Louis XVI, en janvier 1777, la rendit à tous les offices qui en avaient joui dans la Flandre, le Hainaut, l'Artois et l'Alsace[2]. Ainsi, en définitive, le coup porté par l'édit de 1771 ne fut qu'une attaque contre les offices, non une révolution; et cette sorte de féodalité héréditaire, dans l'ordre administratif, subsistait presque tout entière encore, comme la féodalité dans l'ordre civil de la propriété territoriale, au moment de la régénération nationale de 1789.

Passons maintenant aux ordonnances, dans leur rapport avec la constitution de la famille.

Au seizième siècle, en présence de la réforme, l'alliance s'était resserrée entre le catholicisme et la royauté; l'ordonnance de Blois en fut le monument législatif; elle opéra une réaction dans les lois du mariage. Le sacrement prit entièrement la place du contrat; le mariage catholique absorba le mariage civil, et, pour des solennités nouvelles, il fallut des preuves spéciales et de nouvelles sanctions. L'une des sanctions légales était l'arme facultative de l'exhérédation, mise entre les mains du père dont les enfants s'étaient clandestinement mariés[3]. — Mais au dix-septième siècle les barrières antiques entre les diverses classes de la société féo-

[1] *Maximes du Droit public*, t. I, p. 84.
[2] *Voir* le *Traité des Offices*, de Guyot.
[3] Édits de 1556, de Henri II; *ord.* 1579, art. 111.

dale s'abaissaient de plus en plus; les mœurs, sans prendre encore cet aspect d'uniformité que leur donna l'esprit de sociabilité et de licence du dix-huitième siècle, rompaient souvent les digues vieillies du moyen âge et de l'orgueil nobiliaire. Malgré la volonté du chef de la famille, et quelquefois à son insu, des mariages se contractaient entre des fils de noble race et des filles bourgeoises, entre des fils de roturiers et des filles de grande maison.

L'édit de 1639 vint au secours de l'autorité paternelle et de l'orgueil féodal : au lieu du droit facultatif d'exhérédation donné au père en 1556 et 1579, il fulmina l'exhérédation de *plein droit* contre les mineurs mariés sans le consentement de leurs parents. L'exhérédation frappa même la postérité de ces époux téméraires. — Les mariages précédés d'enlèvement sont déclarés nuls tant que la personne ravie est dans la possession du ravisseur; l'exhérédation est aussi encourue alors de plein droit, et la peine de mort plane sur la tête du ravisseur. — La défense des mariages secrets est renouvelée avec énergie, et les enfants qui en naissent sont déclarés indignes de succéder. Les mariages contractés à la veille de la mort, *in extremis*, sont privés des effets civils; cette célébration tardive, à laquelle tenait souvent l'honneur d'une femme trompée par un homme puissant, fut assimilée à l'union de personnes frappées de mort civile, par suite de condamnations judiciaires. L'orgueil aristocratique aurait dû souffrir de cette assimilation de l'état civil de l'homme noble se mariant près de son lit funèbre, et de l'homme du peuple se mariant sous le poids d'une condamnation aux galères à perpétuité; mais l'orgueil accepte l'inconséquence sur un point quand elle favorise son action sur un autre point plus important. Par suite de la réprobation jetée sur les mariages *in extremis*, la fille obscure du tiers état et ses enfants n'avaient pas le droit d'aller s'asseoir à l'antique foyer de la famille féodale; on pouvait la laisser expirer de honte et de faim sur le seuil du château dont le maître avait facilement abusé sa jeunesse; et, dans l'assimilation du mariage contracté par l'homme puissant sous l'impression d'un repentir tardif,

avec celui de l'homme frappé par la loi, les premières classes trouvaient un principe conservateur de l'éclat de la famille et de la transmission des biens.

Cependant la réaction de l'esprit ecclésiastique et de la féodalité civile n'avait pas obtenu, même dans l'édit de 1639, la sanction qui devait enchaîner définitivement le mariage à l'autel et protéger efficacement la barrière que la classe privilégiée mettait entre elle et le tiers état pour les mariages, comme les Romains de la république l'avaient mise successivement entre les patriciens et les plébéiens, entre les citoyens et les étrangers.—Défense avait été faite à tout prêtre qui n'était pas le curé de l'une des parties de célébrer les mariages, qui d'ailleurs devaient être précédés de la publication des bans dans la paroisse des deux futurs, et constatés par bon et fidèle registre. Mais ce fut seulement par l'édit de mars 1697 que la présence du curé propre à l'un des mariés fut déclarée une solennité essentielle au mariage : la nullité du mariage fut la sanction pénale à l'égard des époux ; la saisie des revenus, le bannissement et même la peine de complicité de rapt furent, à l'égard des ecclésiastiques, la sanction de la défense à eux faite de conjoindre autres que leurs paroissiens. — La supposition d'un domicile différent du domicile réel des époux est punie contre eux par la déchéance de plein droit de toute succession et avantages antérieurs.

Et ceux qui s'étaient mariés, depuis l'édit de 1639, hors de la présence de leur propre curé, bien que l'édit ne contînt pas de sanction pénale, furent tenus de se retirer devant les évêques pour se soumettre aux peines *canoniques* et faire réhabiliter leurs mariages selon les solennités voulues par l'édit de mars 1697 : cependant la déclaration qui ordonnait ce renvoi n'osait pas prononcer la peine rétroactive de la nullité du mariage non ainsi réhabilité [1].

Le seizième et le dix-septième siècle avaient mis dans les mains du père de famille l'arme patricienne de l'exhérédation : l'édit de

[1] Elle est du 15 juin 1697.

1697 voulut donner au pouvoir paternel une nouvelle énergie; il permit de frapper d'exhérédation même les enfants majeurs, les fils de trente ans et les filles de vingt-cinq, qui se mariaient sans avoir demandé l'avis et conseil de leurs père et mère : une simple irrévérence envers l'autorité paternelle retombait en châtiment injuste sur toute une postérité !

Ainsi, le principe dominant dans l'ordre politique s'imposait aux institutions civiles. Ainsi, lorsque la royauté moderne achève le combat livré, avec le secours de la liberté des communes, aux éléments féodaux et théocratiques ; lorsque maîtresse du champ de bataille, elle aspire, elle atteint à la domination ; lorsque, dans cette région supérieure, elle abandonne les communes et la liberté, ses compagnes aux jours de peine et de labeurs, pour faire alliance avec l'esprit ecclésiastique et l'aristocratie de famille qu'elle avait naguère combattus, elle sent le besoin de faire descendre l'image de son pouvoir nouveau et de sa nouvelle alliance dans le sein même de la famille : le mariage devient un acte catholique, la puissance paternelle, une sorte de pouvoir absolu. « Cette puis-« sance, disait Target, est regardée au dix-septième siècle comme « le soutien de l'ordre et le supplément nécessaire de la puissance « souveraine[1]. »

La famille, comme la propriété, subit donc l'influence des principes dominateurs. L'axiome de Bacon se vérifie : « Le droit « privé vit sous la tutelle du droit public : *Jus privatum sub* « *tutela juris publici latet.* » (Aph. 3.)

N° II. — Législation exceptionnelle sur les protestants. — Principe fondamental.

La législation sur l'état civil et la propriété des protestants est, dans l'histoire du droit, un triste exemple des lois d'exception : elle était fondée sur le principe de la royauté absolue, s'unissant au dogme politique d'une religion exclusive.

Voici sa formule raisonnée :

[1] Target, *Mémoire pour Mme Danglhure.*

La religion catholique est la vraie religion et la seule qui doive être observée en France. Il y a eu des hérétiques dans le royaume; la force des circonstances a contraint de les tolérer pendant un certain temps, mais cette tolérance n'était pas un droit irrévocable pour les protestants. Par suite de l'enseignement religieux, répandu au nom de l'Église gallicane, tous les hérétiques du royaume sont rentrés dans le sein de la religion catholique; il n'y a plus d'hérétiques, ils se sont convertis. Les nouveaux convertis doivent seuls être l'objet de l'attention du législateur. Hors de France, il y a des réfugiés, des hérétiques qui ont été Français; mais ayant fui le sol du pays pour se soustraire à l'Église, ce sont des rebelles qui ont renoncé à leur patrie : ils ont perdu la qualité de Français; étrangers, leurs biens sont frappés du droit d'aubaine, du droit de confiscation.

Par cela même que tous les Français sont catholiques, anciens ou nouveaux, ils doivent tous être soumis aux lois civiles faites pour les catholiques. Or, il n'y a de mariage valable que le mariage qui est contracté devant l'Église; il n'y a d'enfants légitimes que ceux qui sont nés d'un mariage valable; donc la loi ne doit pas reconnaître de mariages entre protestants, d'enfants légitimes issus de protestants. La femme alors n'est aux yeux de la loi qu'une concubine, les enfants sont des bâtards. — Si ces bâtards ont acquis un jour des biens par leur travail, le roi seul est leur héritier en vertu de son droit régalien de bâtardise. Puisque tous les hérétiques de France ont été compris par une présomption légale dans la classe des nouveaux convertis, ils ne peuvent faire un acte ostensible de protestantisme, sans être réputés *hérétiques relaps*, et punis comme tels dans leur personne et dans leurs biens. Mariés hors de l'Église catholique, ils sont par ce fait même réputés *hérétiques relaps*. La présomption qui s'attache encore à leur premier culte est qu'ils infecteraient l'enfance de leur doctrine : leurs enfants doivent donc être attirés hors de la maison paternelle, enlevés même de force pour être instruits et ramenés dans le giron de l'Église.

Tel est l'esprit vital de cette législation exceptionnelle de Louis XIV. A partir de 1685 jusqu'en 1715, elle enfante de nombreux édits, où les conséquences d'un sophisme, et de cette fiction légale qu'*il n'y a plus d'hérétiques en France*, se développent rigoureusement pour opprimer quatre millions de Français.

La régence, peu fanatique, n'abolit pas ce régime antisocial. — En 1717, on arrêta, à Andure, soixante-quatorze personnes de la religion réformée, tenant assemblée religieuse. Vingt-deux hommes furent condamnés aux galères; les femmes, à la prison perpétuelle. — Le 22 avril 1723, un arrêt du conseil punit des religionnaires en masse, ordonna la démolition des maisons où se tenaient les assemblées, et la plantation d'une croix sur leur emplacement.

Le premier édit de la majorité de Louis XV, celui de 1724, rappela toutes les rigueurs de la législation de Louis XIV: il trouva même le moyen d'y ajouter, en prodiguant la peine de mort, et en imposant aux père et mère, nouveaux convertis, de plus dures entraves quant à l'éducation de leurs enfans.

Nous venons de voir le principe qui avait dicté la législation civile des protestants; nous devons présenter le tableau fidèle, mais rapidement résumé, des édits qui en contiennent l'application aux biens et aux personnes.

Quant à la propriété et à l'administration des biens, on doit distinguer entre les protestants réfugiés à l'étranger, et ceux qui, résidant en France, forment la classe des nouveaux convertis.

L'édit du 14 juillet 1682 renouvelle, à l'égard des protestants, la défense faite généralement en 1669, sous peine de confiscation de corps et de biens, de sortir du royaume sans autorisation. Il déclare nuls tous les contrats de vente et autres dispositions que les protestants pourraient faire de leurs biens un an avant leur retraite à l'étranger. Il prononce la confiscation de biens contre ceux qui sortiront du royaume.

L'édit de révocation (1685) porte nouvelle défense de sortir du royaume, ordonne aux religionnaires absents de rentrer dans le délai de quatre mois, et leur permet alors de reprendre la possession de leurs biens séquestrés; les biens de ceux qui ne rentreront pas seront confisqués définitivement : un édit suivant[1] proroge le délai, et en janvier 1688, la confiscation générale des biens des consistoires et des réfugiés est consommée. La réunion au domaine est prononcée, et les créanciers des protestants doivent présenter leurs titres, dans le cours d'une année, sous peine de déchéance. — Les dénonciateurs qui feront connaître les biens meubles et immeubles des fugitifs auront pour salaire la moitié de la valeur des meubles et celle du revenu des immeubles pendant dix ans. — Un scandale sans exemple eut lieu : un homme dont la postérité ne doit pas oublier le nom, Jacques Bertin, demanda au conseil privé le privilége opulent des dénonciations dans plusieurs provinces; et le conseil privé rendit, le 23 octobre 1703, l'arrêt suivant : « Sur ce qui a été re« présenté au roi étant en son conseil, que le sieur Jacques Ber« tin, après plusieurs recherches qu'il a faites dans les provinces « de Normandie et de Picardie, les trois évêchés de Metz, Toul et « Verdun et frontières de Champagne, a une connaissance certaine « de plusieurs biens et effets recélés appartenant à différens par« ticuliers de la religion prétendue réformée, ou nouveaux con« vertis sortis du royaume, au préjudice des défenses portées « dans les édits et déclarations de Sa Majesté, le recouvrement ou « régie desquels empêcherait que ceux qui les possèdent n'en « fissent passer aucune partie dans les pays étrangers, comme ils « font au préjudice des défenses portées par les édits et déclara« tions; et que, s'il plaisait à Sa Majesté de lui accorder *le tiers* « tant des meubles que du revenu de ces immeubles, de ces « biens cachés qu'il a découverts et qu'il découvrira, il offrait de « donner les déclarations desdits biens et effets, et de faire toutes

[1] L'édit de juillet 1686 proroge jusqu'en mars 1687.

« les diligences nécessaires à ses frais et dépens, sous le nom du « sieur Boucher [1], commis par Sa Majesté à la recette des biens « de ceux qui ont contrevenu aux édits et déclarations, pour les « retirer de ceux qui les tiennent cachés, ou qui en jouissent sans « titre valable, offrant aussi de supporter les dommages et inté- « rêts de ceux qu'ils dénonceraient, s'ils possédaient à titre légi- « time : — le tout vu et considéré, ouï le rapport du sieur « Chamillart, contrôleur général des finances, le roi étant dans « son conseil, a accepté et accepte les offres faites par ledit Ber- « tin, et le privilége lui est accordé pour douze années!... »

Une déclaration de décembre 1689 avait relâché les rigueurs de la confiscation en faveur des héritiers présomptifs des réfugiés; ils pouvaient demander l'envoi en possession. — Mais si ces nouveaux possesseurs ou manquaient aux devoirs du culte catholique, ou faisaient passer des secours aux réfugiés, une seconde confiscation était prononcée sur leur tête [2]. — Un édit de juillet 1705 vint ranger dans la classe des étrangers et dépouiller aussi de leurs biens ceux des anciens religionnaires qui avaient été relégués dans une partie de la France autre que leur domicile d'origine ou de choix, et qui, pour se soustraire aux inquisitions attachées à leur état de suspicion, avaient fui sur la terre étrangère. « L'attachement, porte l'édit, que les sujets naturels « doivent à leur souverain et à leur patrie est une obligation for- « mée par le lien seul de la naissance, et si naturellement gra- « vée dans le cœur de tous les peuples, que ceux qui oublient ce « premier de leurs devoirs, en renonçant à leur patrie, méritent « de perdre tous les avantages qu'ils y avaient acquis par leur « naissance ; en conséquence... nous voulons que ceux qui quit- « teront le lieu de leur relégation pour se retirer dans les pays « étrangers sans notre permission, soient dès ce moment censés « et réputés étrangers, et, comme tels, privés de leurs états, offi-

[1] Boucher était préposé à la régie et au compte des biens des réfugiés depuis 1700.

[2] Édit, 29 décembre 1700.

« ces, bénéfices et dignités, même de tous effets civils dans le « royaume; qu'en ce cas les aliénations par eux faites, un an « avant leur retraite, par donation, vente ou autrement, des « biens qui leur appartenaient, soient déclarées de nul effet et « valeur, et que, nonobstant ces dispositions, cesdits biens soient « sujets à la confiscation portée par notre présent édit. »

Les réfugiés en général furent même, aux yeux du législateur d'alors, dans une catégorie inférieure à celle des étrangers; car un édit du 18 septembre 1713, qui suivit de près la paix d'Utrecht, porta que les libertés du commerce, stipulées par les traités de paix, ne pouvaient autoriser les protestants réfugiés à s'établir en France.

La régence ne laissa pas inactives les lois sur la confiscation. Elles furent rappelées et confirmées par déclaration du 21 mars 1718. — Et Louis XV, plus rigoureux encore que Louis XIV[1], statua que les réfugiés revenant en France et faisant abjuration, ne pourraient troubler dans leur jouissance les parents envoyés en possession, et n'auraient droit qu'aux successions échues depuis leur rentrée ; seulement son édit du 27 octobre 1725 devait, dans ce cas, leur tenir lieu de lettres de naturalité.

Voilà pour la propriété, dans ses rapports avec les protestants réfugiés. — Quant aux protestants restés en France sous la présomption légale de conversion, ils ne furent pas dépouillés de leurs biens, mais le droit de propriété fut comme paralysé dans leurs mains.

Peu après la révocation, les femmes non converties, dont les maris avaient abjuré, et les veuves fidèles au protestantisme furent déchues du pouvoir de disposer de leurs biens par testament, donation ou aliénation quelconque[2]. Elles furent même privées de leurs droits d'usufruit légué, de douaire, etc. L'édit ne leur laissa qu'une pension alimentaire.

Malgré la fiction légale, qui enveloppa bientôt tous les protes-

[1] Dans l'édit de décembre 1689.
[2] Édit, 16 janvier 1686.

tants dans la classe des nouveaux convertis, une certaine suspicion s'attachait à leur personne : défense leur fut faite en 1690 de vendre ou de donner leurs biens entre-vifs pendant trois ans; même défense fut portée par une déclaration de 1702, et elle fut renouvelée, de trois ans en trois ans, par des dispositions spéciales qui furent encore reproduites dans une déclaration du roi, du 15 avril 1766 [1]; la suspicion qui s'attachait à la personne se réfléchissait ainsi dans l'exercice du droit de propriété.

Pénétrons maintenant dans le sein de la famille protestante; voyons les édits dans leur rapport avec l'autorité paternelle et l'état des enfans.

Un édit, antérieur de quelques années à la révocation, veut que les enfants d'une mère protestante et d'un père catholique qui est décédé, soient élevés dans la religion dominante et confiés à des parents catholiques [2].— Celui du 17 juin 1681 permit aux enfants de se convertir à sept ans ! « Les grands succès « qu'il a plu à Dieu de donner aux excitations spirituelles et au« tres moyens raisonnables que nous avons employés pour la con« version de nos sujets de la prétendue religion réformée, nous « conviant de seconder les mouvements que Dieu donne à un « grand nombre de nos sujets de reconnaître l'erreur dans la« quelle ils sont nés..., nous voulons que nos sujets de la reli« gion réformée, tant mâles que femelles, ayant atteint l'âge de « *sept ans*, puissent embrasser la religion catholique ; et qu'à « cet effet ils soient reçus à faire abjuration, sans que leurs père « et mère y puissent donner aucun empêchement. » — L'édit autorise implicitement l'usage de l'enlèvement des enfans [3], et il

[1] Enregistrée au parlement le 27 juin 1766. On peut voir les *Lettres patentes* de 1747-1750-1754, de 1763, qui ont cette prohibition pour objet.

[2] Édit de février 1669.

[3] L'édit de 1669 avait ordonné que les enfants, jusqu'à l'âge de quatorze ans, seraient *laissés* aux père et mère.

laisse au choix de ces derniers, après leur conversion, de retourner en la maison de leurs père et mère, ou de se retirer ailleurs, en demandant une pension : « Et, en cas de refus, voulons que les « père et mère y soient contraints par toutes voies dues et raison-« nables, et enjoignons aux protestants de faire revenir leurs en-« fants de l'étranger, sous peine de privation de leurs revenus[1]. »

Après l'édit de révocation, il fut ordonné que les enfants des religionnaires seraient, depuis l'âge de cinq ans jusqu'à celui de seize, remis à leurs parents catholiques, ou, à défaut de parents, à des catholiques choisis par le juge[2].

Les enfants mineurs des réfugiés pouvaient, sans attendre ni demander le consentement de leurs père et mère, contracter mariage[3].

L'autorité paternelle fut donc complétement anéantie dans la personne des protestants.

Les dispositions relatives à leur mariage furent l'expression d'un droit aussi haineux.

Par édit de novembre 1680[4], alors que les temps de la révocation s'approchaient, les mariages furent défendus entre les catholiques et les hérétiques. « Les canons des conciles, tenus en « divers temps dans l'Église, ayant condamné les mariages des « catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public et « une profanation visible d'un sacrement auquel Dieu a attaché « des grâces qui ne peuvent être communiquées à ceux qui sont « actuellement hors de la communion des fidèles, nous avons « jugé nécessaire de les empêcher à l'avenir... »

Le cœur de l'homme, à la vérité, a été plus fort que le législateur ultra-catholique; et, bien qu'au dix-huitième siècle encore (en 1767 et 1770), les auteurs du Code de la Religion et du Code

[1] L'édit de 1724 infligea 6,000 livres d'amende pour chaque année de retard.

[2] Édit, janvier 1686.

[3] 6 août 1686.

[4] *Code de la religion*, t. II, p. 533; *Code matrimonial*, p. 67.

matrimonial aient pris soin de rappeler l'édit prohibitif, Target[1] nous apprend qu'il était comme tombé en désuétude.

Quant au mariage des protestants entre eux, l'édit du 13 décembre 1698 les assujettit aux lois catholiques : « Enjoignons à « nos sujets réunis à l'Église d'observer dans les mariages les so- « lennités prescrites par les canons, conciles et ordonnances. »

Pour qu'il n'y eût pas d'équivoque sur la dénomination de sujets réunis à l'Église, Louis XIV disait, l'année même de sa mort, et comme pour se rendre témoignage de l'accomplissement de son grand projet d'union : « Il n'y a plus de protestants en France[2] ; » aussi les édits ne les ont-ils plus qualifiés que de nouveaux réunis à l'Église et de nouveaux convertis. — La déclaration de mai 1724, qui signala, comme on l'a dit, l'entrée de Louis XV dans sa majorité, porte : « Voulons que les lois sur le fait du mariage, « nommément l'édit de mars et la déclaration de juin 1697 soient « exécutés par nos sujets nouvellement convertis à la foi catho- « lique ; » et presque tout le dix-huitième siècle, subissant cette tradition d'intolérance, attacha aux formes du catholicisme la légalité du mariage des protestants et la légitimité de leurs enfants.

La législation pénale, en matière de protestantisme, a été tellement enlacée dans la législation civile, qu'on est obligé de la rappeler comme le complément du tableau de cette dernière.

Une déclaration fut portée en 1686 contre les prétendus convertis qui refusaient les sacrements en état de danger et témoignaient de leur fidélité au culte de leurs pères ; s'ils survivaient au refus, ils étaient condamnés aux galères perpétuelles, avec confiscation de leurs biens ; s'ils mouraient, le procès était fait à leur mémoire, le cadavre était traîné sur la claie, jeté à la voirie, et les biens étaient confisqués. La seule déclaration du prêtre, sur le refus exprimé, était érigée en preuve complète par l'édit de 1724.

[1] Mémoire déjà cité pour la marquise Danglhure.
[2] Déclaration de mars 1715.

Celui de décembre 1689 prononçait la peine de mort contre les ministres rentrant en France sans permission : les hommes qui les recevaient étaient condamnés aux galères, les femmes à la prison perpétuelle; une prime était acquise aux dénonciateurs [1].

La peine de mort était aussi prononcée contre ceux qui favorisaient l'évasion des protestants [2].

Les capitaines et maîtres de navires qui recevaient à leur bord, sans permission du roi, aucuns sujets de la religion réformée ou nouveaux convertis, encouraient la confiscation et des navires et même des marchandises !

Tel est le fondement du système pénal : si le protestant reste en France, et si, nouveau converti des dragons de Louvois, il recule à son heure dernière devant un sacrilége, sur lui tombe la peine de l'hérétique *relaps,* bien qu'au fond du cœur il ait toujours gardé la même foi. — Si, au contraire, le protestant fuit la terre inhospitalière de Louis XIV, il est rebelle aux yeux du maître, et dans son pays natal il encourt la mort civile et la confiscation.

Ainsi, deux lois antisociales le poursuivent en France ou hors de France; deux lois contradictoires sont pour lui l'expression d'une fatalité à laquelle il ne peut échapper : en lui la royauté absolue, qui veut le faire chrétien catholique, nie sa nature d'homme libre et raisonnable; elle le punit de cette nature comme d'un crime; — en lui au nom du catholicisme, qui s'appuie sur la foi, le législateur nie la possibilité d'une foi sincère; et la foi constante, vertu fondamentale du catholique, est un crime irrémissible chez le protestant. C'est cependant par cette association d'inconséquences tyranniques que la royauté absolue et le législateur catholique du dix-septième et du dix-huitième siècle dépouillent le protestant de tous les droits que réclament la société civile et l'humanité !

[1] La prime était de 5,500 livres.

[2] Déclaration des 13-29 décembre 1698, 5 décembre 1699.

Détournons les yeux de ce triste tableau qui concourt à expliquer et à prophétiser la réaction irréligieuse qui, vers la fin du siècle dernier, a d'abord attaqué par le raisonnement et puis renversé par la force les croyances et les institutions catholiques.

En 1787, un ministre vertueux, qui déjà dans un mémoire digne d'être placé à côté de celui de Target, avait réclamé pour les protestants les droits de la nature et de la société, Malesherbes fit présenter au parlement un édit afin de rendre l'état civil aux protestants: chose incroyable! l'enregistrement souffrit une violente opposition. Le tribun parlementaire le plus fougueux alors dans ses élans de liberté ou plutôt d'esprit de corps, Dépréménil, tout fier de sa popularité, s'éleva avec violence contre l'édit; rhéteur sans foi, mais échauffé d'un fanatisme factice, il s'écria au sein du parlement assemblé, en montrant l'image du Christ, « *que la magistrature allait le crucifier une seconde fois!* »

Toute la législation de Louis XIV et de Louis XV sur les protestants est une législation aveugle et cruelle qui, au nom du catholicisme défiguré, nie les droits et les devoirs de la famille et de la société.

En temps de calme, pendant un long siècle, la royauté absolue soutint un système de proscription que la révolution française, dans sa vie orageuse et ses luttes pour l'indépendance du territoire, saisit à son tour et jeta pendant dix années sur les biens, la personne et la famille des émigrés. Il y a dans ces deux législations et leurs phases diverses une frappante concordance. L'une et l'autre commencent par un avertissement aux fugitifs et par le séquestre de leurs biens; l'une et l'autre se terminent par la mort civile et la confiscation. Louis XIV et son successeur, en rédigeant le code des protestants, semblent avoir d'avance rédigé le code de l'émigration.

N° III. — Législation exceptionnelle sur les esclaves coloniaux.

Il est une autre législation placée dans une sphère parallèle au code du protestantisme, c'est celle qui est relative aux esclaves

coloniaux, contenue dans l'édit du 16 mars 1685, appelé le *Code noir :* il y avait toutefois cette différence que, du moins, aux yeux de l'administrateur, elle portait avec elle son titre d'excuse.

Si le christianisme et les coutumes, dans le moyen âge et depuis la renaissance, avaient grandement réduit ou transformé la condition des serfs, le droit ne fit aucun effort, au seizième et au dix-septième siècle, en faveur de cette propriété vivante qui, sous le ciel des Antilles et dans un monde nouveau, représentait plus que le servage. La condition d'esclave parut légitime en dehors des limites européennes. Le code noir fut un code d'administration purement matérielle; le spiritualisme chrétien ne s'y manifesta que par le baptême et le mariage catholiques accordés aux nègres, et par le titre de catholiques, imposé à leurs sévères commandeurs sous peine de confiscation des nègres. Le mariage entre esclaves devait s'accomplir devant l'Église, et suivant l'ordonnance de 1639; mais l'Église n'affranchissait pas sur la terre une postérité marquée d'avance du signe de la servitude. La mère esclave ne pouvait que donner des fruits à l'esclavage; si le mari est libre et la femme en esclavage (dit l'art. 13), les enfants sont esclaves. Les enfants qui naissent d'une union contractée au pied des autels du catholicisme ne sont que le croît d'une femelle, qui est acquis à son maître !

L'esclave qui a reçu le baptême de chrétien catholique veut-il chercher sa liberté dans la fuite? pour la première fois il a les oreilles coupées, et il est marqué d'une fleur de lis sur une épaule; pour la deuxième fois, il a le jarret coupé, et il est marqué d'une seconde fleur de lis sur l'autre épaule ; pour la troisième fois, il est affranchi...... par la mort (art. 38).

Louis XV, devenu majeur, fit aussi son code noir. — La même année 1685, sous Louis XIV, avait vu naître le code sur les nègres des colonies et l'édit de révocation contre les protestants ; dans la même année 1724, Louis XV, s'emparant de son royal pouvoir, renouvela pour premiers actes de son gouvernement, le code noir et le code des hérétiques de son bisaïeul : concordance

fortuite, sans doute; mais il y a ainsi, dans l'histoire, des années et des jours néfastes qui frappent par leur sinistre rapprochement. La royauté absolue laissait tomber en même temps l'anathème sur la liberté corporelle et sur la liberté spirituelle : en Amérique, l'esclave noir, en Europe le protestant français, dans les mêmes années, à une distance de quarante ans, et des rives d'un monde à l'autre, ont pu deux fois rencontrer le bras souverain qui allait s'appesantir sur eux!

Cependant une vieille maxime était issue du christianisme et des affranchissements du moyen âge : point de servitude en France! « Que toute servitude soit ramenée en franchise[1]! » L'esclave qui touchait le sol de France était libre. L'histoire de Metz dit que Louis d'Avila, général espagnol, réclama inutilement, en 1552, un esclave qui s'était réfugié près de Guise[2]. Mais un édit d'octobre 1716 et une déclaration de décembre 1738 couvrent les intérêts des maîtres d'esclaves noirs; ils « défendent « à toutes personnes d'enlever ni soustraire en France les esclaves « nègres de la puissance de leurs maîtres, à peine de répondre de la « valeur de l'esclave, et de 1,000 liv. d'amende[3]. » Si le maître meurt en France, l'esclave reste sous la puissance de son héritier, lequel doit le renvoyer dans les colonies pour être partagé avec les autres biens de la succession[4]. Le sol de la France, au dix-huitième siècle, sera censé n'être pas profané par la présence de l'esclavage, si le maître, en abordant, remplit une simple formalité : il ne s'agit que d'annoncer qu'il a ses esclaves avec lui, et de faire enregistrer sa déclaration à l'amirauté du lieu du débarquement, déclaration de 1738[5]. Et cependant, en 1737, les

[1] Ordonnance de Louis le Hutin, de 1315 : « Considérant que notre « royaume est dit et nommé le royaume des Francs, et voulant que la « chose soit de la vérité, accordante au nom, avons ordonné que toute servitude soit ramenée en franchise. »

[2] Ferrière, *Inst.*, 1-75.

[3] Art. 6, édit 1716.

[4] Art. 9, même édit.

[5] Art. 1-3; il fallait même déclaration au lieu de départ.

sceaux avaient été rendus à d'Aguesseau ; mais le chancelier ne trempa point dans cette offense à la dignité du royaume; on ne voit pas son nom dans la déclaration, et le parlement de Paris n'eut point à la consigner sur ses registres. Elle paraît avoir été enregistrée dans tous les autres parlements[1]. La voix de l'intérêt fut plus forte que le cri de l'humanité et de l'honneur national. — La réaction terrible de 1793 ne fera que trop expier cette double injure à la dignité de l'homme et à celle de la France[2].

C'est en imprimant violemment à ses ordonnances et institutions le caractère absolu dont elle était revêtue, que la royauté du dix-septième et du dix-huitième siècle produisait ainsi de funestes anomalies dans l'ordre du progrès social. Cependant les traditions du mouvement réformateur ne s'étaient pas perdues : nous allons suivre dans les ordonnances de Louis XIV et de ses successeurs, sous les auspices de Colbert et de d'Aguesseau, une application plus heureuse des principes d'unité et d'uniformité.

N° IV. — Ordonnances de réforme au dix-septième siècle, sous l'administration de Colbert.

Le seizième siècle, époque de science et de mouvement, avait produit de grands monuments et de grandes ébauches : le chancelier de l'Hôpital, fort de la doctrine des jurisconsultes qui vivaient de son temps, était entré hardiment dans la carrière des réformes. Ses nombreux édits de 1560 à 1568 lui ont mérité le titre de législateur.

Cette haute pensée des réformes législatives anima successivement, du seizième au dix-huitième siècle, quatre grands hommes, dont deux jurisconsultes et deux administrateurs, l'Hôpital et d'Aguesseau, Colbert et Turgot : chaque époque mit dans leurs œuvres et dans leurs tentatives l'empreinte de son caractère.

[1] *Code de Louis XV*, t. X, p. 377 ; Denisart, *Nègres*, n° 28, à la note.

[2] Un *ordre* du roi, du 2 mars 1739, défendit l'esclavage des *Caraïbes* et des *Indiens*. En 1767, une instruction ministérielle fut conforme ; un arrêt, sect. des req. de cass., 13 août 1835, reconnaît cette exception.

Colbert présidait le Conseil de réformation qu'il forma en 1666, où siégeaient le chancelier Seguier, Pussort, Dormesson et les trois commissaires du parlement, Lamoignon, premier président, Talon et Bignon, avocats généraux.

Quand nos rois ont voulu ou fonder des institutions ou réformer les institutions existantes, ils ont toujours commencé par les institutions judiciaires ou la procédure. Saint Louis créa l'appel au roi, et Philippe le Bel l'organisa en rendant le parlement sédentaire; l'Hôpital, dans l'ordonnance de 1560, tâcha de simplifier la procédure, et Louis XIV, voulant réformer à son tour les ordonnances du seizième siècle, débuta par celles de 1667 et 1670, sur les procédures civile et criminelle.

Mais dans la procédure, la tradition des usages pèse d'un poids qu'allége faiblement le réformateur timide qui veut seulement améliorer, rectifier et non renverser. Les grands corps de magistrature, au dix-septième siècle, conservaient toute leur importance, au moins dans le cercle judiciaire; des corporations nombreuses, enracinées dans le passé et propriétaires d'offices multipliés, vivaient de ces traditions et les surchargeaient encore de leurs inventions intéressées. La procédure, devant les différentes juridictions, était la source obscure dans son origine, obscure dans son cours, mais inépuisable, qui alimentait et les corporations judiciaires et les corporations ministérielles. Comment tarir cette source grossie par les Décrétales et le *Style* des parlements, et laisser intactes cependant ces fortes créations du temps et de la société? — Le dix-septième siècle n'avait nullement le projet de détruire ces dernières; la pensée d'une réforme fondamentale dans la procédure ne pouvait donc pas se présenter au Conseil de réformation. Des modifications de détail pratique et l'abolition de quelques procédures du quatorzième siècle, voilà tout ce que l'ordonnance de 1667 donna aux justiciables. — Mais aux corporations, elle donna de nouveaux aliments; par elle la science des procureurs prit une nouvelle force, afin de mieux s'assimiler la substance des plaideurs : un grand magistrat et

deux hommes d'un génie bien différent, d'Aguesseau, d'une part, Montesquieu et Mirabeau, de l'autre, ont porté sur l'institution et ses effets un jugement que nous ne pouvons que recueillir comme l'arrêt de la postérité :

« Le but principal, dit le premier[1], était d'abréger les lon-« gueurs des procédures ; de rendre les instructions plus simples, « de diminuer les frais ; mais l'effet n'a pas répondu à l'attente « des rédacteurs. On a vu au contraire les procédures se multi-« plier tous les jours, les instructions n'en être que plus chargées « d'incidents et de difficultés, et les frais des procès croître au « lieu de diminuer. — Le mélange de la finance à la justice, la « création d'un grand nombre de nouveaux offices, la multiplica-« tion et l'augmentation des droits dont les actes de procédure et « l'expédition des jugements sont chargés, ont donné lieu aux « officiers ministériels et aux juges de se perfectionner dans « l'art de grossir les procédures pour se dédommager en partie « des sommes données au roi ; et comme le nombre des procès « est considérablement diminué par l'impuissance des plaideurs « d'avancer les frais nécessaires, les procureurs ont encore aiguisé « la subtilité de leur esprit pour trouver le moyen de faire en « sorte qu'un seul procès leur fût aussi utile que deux l'étaient « autrefois.... Il ne faut pas s'étonner, d'après cela, du progrès « que la science de ce qu'on appelle *la chicane* a fait depuis l'or-« donnance de 1667, et qu'elle fera toujours de plus en plus, « tant que la même cause subsistera... L'ordonnance n'a point « réduit, autant qu'il est possible, le nombre des degrés de juri-« diction ; il y a des provinces et surtout en Bretagne, où les « plaideurs sont obligés de passer par cinq ou six degrés de juri-« diction, pour arriver enfin à celle du parlement. » — D'Agues-seau rappelle que les déclarations de dépens données par l'un des procureurs et contredites par l'autre doivent, d'après l'ordonnance, être réglées par un troisième, et il signale les complaisances mutuelles qui sont le résultat de cet usage vicieux.

[1] *Vues générales sur la réformation de la justice*, t. XIII, p. 215, éd. in-8°.

Montesquieu disait qu'il n'entendait rien à la procédure, quoiqu'il s'y fut appliqué[1] : et dans le discours prononcé à la rentrée du parlement de Bordeaux, en l'année 1725, il s'exprimait ainsi : « Procureurs, vous devez trembler tous les jours de votre « vie sur votre ministère. Que dis-je? vous devez nous faire trem- « bler nous-mêmes. Vous pouvez à tous moments nous fermer « les yeux sur la vérité, nous les ouvrir sur des lueurs et des « apparences. Vous pouvez nous lier les mains, éluder les dispo- « sitions les plus justes et en abuser ; présenter sans cesse à vos « parties la justice, et ne leur faire embrasser que son ombre ; « leur faire espérer la fin et la reculer toujours ; les faire marcher « dans un dédale d'erreurs... Nous ne vous parlons point en « juges ; nous oublions que nous sommes vos magistrats ; nous « vous prions de *nous laisser notre probité*, de ne nous point « ôter le respect des peuples et de ne nous point empêcher d'en « être les pères. »

« Le gouvernement, disait Mirabeau en parlant de la procédure, « ne voudra pas la réforme, parce qu'il y perdrait de l'argent. S'il « la voulait, les corps de justice s'y opposeraient par un intérêt « mal entendu, et parce que ceux qui profitent du désordre sont « de beaucoup les plus forts. Une loi qui rétablisse l'ordre doit « être préparée et même amenée par des circonstances heureuses « qui la fassent désirer et en fournissent l'occasion... Vainement « aujourd'hui voudrait-on faire quelque réforme : à ce mot la « gent noire serait soulevée, et elle est devenue telle que le roi « ne peut plus l'attaquer que par la nation. Jusque-là les puis- « sances exécutrices sont et seront au-dessus du législateur, « parce qu'elles peuvent mettre de tels obstacles à l'exécution de

[1] Portrait de Montesquieu par lui-même : « Quant à mon métier de pré- « sident, j'ai le cœur très-droit ; je comprenais assez les questions en « elles-mêmes, mais quant à la procédure, je n'y entendais rien. Je m'y « suis pourtant appliqué ; mais ce qui m'en dégoûtait le plus, c'est que je « voyais à des bêtes le même talent qui me fuyait pour ainsi dire. » (Édit. 1817, de Belin, t. II, p. 581.)

« la loi, qu'il soit forcé de l'abandonner. — Ainsi, jamais on ne « pourra réformer notre procédure civile qu'en réformant tout « l'ordre judiciaire, à commencer par la magistrature; et jamais « on ne réformera l'ordre judiciaire, si l'on ne commence par « simplifier les lois civiles[1]. »

Le mérite principal des réformes de l'ordonnance de 1667 fut dans la suppression des enquêtes par turbes, des enquêtes d'examen à futur, des propositions d'erreur contre les jugements en dernier ressort, des jugements de *réassigné* qui se conservèrent encore par exception dans certaines juridictions consulaires[2], et dans l'abolition de quelques autres procédures (comme *les vues et montrées*), que les praticiens avaient naturalisées au Châtelet et au parlement.

A l'ordonnance de 1667 se rattachent comme appendice : 1° celle d'août 1669, sur les évocations et *committimus*, qui avait pour objet de régler les instances formées pour avoir des juges en certains cas exceptionnels : la royauté absolue se réserva la prérogative de l'évocation générale, par laquelle on dépouillait une partie, en faveur d'une autre, du droit d'être jugée par ses juges naturels[3];

2° L'édit de mars 1673, qui exprimant le vœu stérile d'une justice gratuitement rendue aux justiciables, règle et modère du moins la rétribution des juges rapporteurs et commissaires.

Quant à l'ordonnance criminelle de 1670, qui conservait le secret des procédures, qui renfermait dans les plus étroites restrictions l'allégation des faits justificatifs, refusait un défenseur aux accusés et cherchait la conviction du coupable dans les aveux arrachés par les horreurs de la question, on n'a pas besoin et il n'est pas de notre sujet de déterminer le caractère de ses améliorations[4].

[1] Fragment d'un ouvrage inédit, rapporté dans les *Mémoires de Mirabeau*, publiés par son fils adoptif, t. V, p. 396.

[2] A Bordeaux, par exemple.

[3] Ord. d'août 1669, tit. I, art 1.

[4] On peut voir une excellente analyse de l'ordonnance de 1670 dans un ouvrage publié en 1781 sous le titre : *Essai sur les Réformes à faire*

C'est un des titres de Montesquieu, d'avoir proclamé les garanties du jury anglais en présence de l'ordonnance de 1670 ; mais on peut s'étonner et s'affliger de lire dans d'Aguesseau, à la suite de son jugement sur l'ordonnance civile, les paroles suivantes : « L'or« donnance de 1670 est plus parfaite que celle de 1667, parce « que le plan est meilleur, et qu'il ne paraît guère possible d'en « trouver un plus convenable au bien de la justice. » — Deux magistrats du dix-huitième siècle, Servan et Dupaty, se sont illustrés en se montrant supérieurs à ce jugement du grave chancelier, plus profond jurisconsulte que hardi réformateur : ce qui n'a pas empêché le parlement de Paris de condamner le mémoire de Dupaty, par arrêt du 11 août 1786, à être brûlé *par la main du bourreau* [1].

Des ordonnances spéciales ou réformèrent ou régularisèrent les juridictions qui n'avaient pas le caractère de généralité, comme les juridictions civile et criminelle.

L'ordonnance des eaux et forêts de 1669 détermina les attributions judiciaires des grands maîtres, des maîtres et gruyers, la compétence de la table de marbre [2], les appellations aux présidiaux et parlements. Cette ordonnance qui, d'ailleurs, a deux parties bien distinctes, la juridiction et le régime des eaux et forêts, est regardée comme un des beaux monuments de l'administration de Colbert, qui, fondant la prospérité du royaume sur l'industrie et le commerce maritime, veillait avec sollicitude à la conservation des forêts de l'État. — Sully, qui avait adopté, pour base de son système financier, le développement de la richesse agricole, n'avait pas apporté les mêmes entraves au défrichement des forêts, et la

dans notre Législation criminelle, par V. (Vermeil), avocat au parlement de Paris, IIIe partie, *de l'Instruction*, p. 159 et suiv.

[1] Discours sur la justice criminelle ; quelques réflexions à propos d'une accusation d'empoisonnement, par l'avocat général Servan. — Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la roue (Dupaty).

[2] Tribunal en matière d'eaux et forêts.

même sévérité dans le régime forestier : au dix-huitième siècle, les économistes et Turgot se rapprochèrent des idées de Sully[1].

La juridiction ecclésiastique fut aussi l'objet des règlements de Louis XIV. L'édit de 1695, préparé par de longues conférences entre les députés du clergé et les principaux membres du parlement de Paris, revu avec soin par Louis XIV lui-même[2], détermina, selon les anciennes ordonnances et en résolvant les difficultés nouvelles, les droits et les limites de la juridiction volontaire et contentieuse des ecclésiastiques : « Comme nous re-« connaissons, dit Louis XIV, que nous sommes particulière-« ment obligé d'employer, pour le bien de l'Église et pour le « maintien de sa discipline, de la dignité et de la juridiction de « ses ministres, l'autorité souveraine qu'il a plu à Dieu de nous « donner, nous avons bien voulu réunir dans un seul édit les « principales dispositions de tous ceux qui ont été faits jusqu'à « présent, touchant ladite juridiction ecclésiastique et les honneurs « qui doivent être rendus à cet ordre qui est le premier de notre « royaume; et en réglant les difficultés survenues, prévenir les « inconvénients qu'elles pourraient produire au préjudice de la « discipline ecclésiastique, dont nous sommes les protecteurs, et « faire savoir en même temps notre volonté à tous nos officiers, « pour leur servir de règle sur ce sujet. »

Mais les plus grands titres de gloire de Louis XIV et de Colbert, dans l'ensemble des travaux de réformation, sont dans l'ordonnance des eaux et forêts (1669), l'ordonnance du commerce (1673), l'ordonnance de la marine (1681), l'ordonnance des hypothèques (1673), l'ordonnance relative à l'administration des biens des communes (1667-1683).

Il y eut aussi des ordonnances d'une vue moins générale, mais non moins sages dans leur spécialité ; ainsi :

Une déclaration de 1703 ratifia les ventes des biens ecclésiastiques faites depuis 1566, en donnant à la propriété laïque et privée

[1] Une déclaration fut rendue en 1766 sur les défrichements.
[2] *Répertoire de Guyot*, v° *Code*.

la garantie de l'immutabilité.—Une autre, de 1708, garantit aux laïques la possession immuable après cent ans des *dîmes inféodées*, contre les prétentions des bénéficiers et des ecclésiastiques. D'Aguesseau avait fourni un mémoire contre cette déclaration ; il lui reprochait d'être infidèle à l'histoire et de « grever encore la « noblesse qui possédait presque toutes les dîmes inféodées [1]. »

Un édit de 1693 réduisit à 500 livres et 350 livres de revenu la dot des religieuses, et ne permit l'exigence d'une dot qu'aux monastères fondés depuis 1600.

Une déclaration de 1696 [2] accorda aux possesseurs des remparts et des fossés de places ou villes, qui n'étaient pas villes de guerre, une pleine et entière propriété.

L'édit de 1708 [3] autorisa la prescription des *petits domaines* de la couronne, moulins, fours, landes, marais, etc...

L'édit du 18 janvier 1712, en confirmant expressément l'ordonnance de Moulins, prescrivit, à peine de nullité, l'enregistrement et la publication des *substitutions*.

Ceux de 1673 et 1680 établirent le privilége du trésor sur les biens des comptables [4].

Les édits de 1700 et 11 juin 1709, venant au secours de l'agriculture ruinée, défendirent, l'un, de saisir les bestiaux, l'autre de vendre les *récoltes en vert*, disposition qui avait pour objet d'empêcher le monopole des grains.

Il nous suffit d'avoir mentionné ces diverses dispositions ; mais arrêtons-nous quelques instants aux quatre ordonnances de réforme que nous avons rappelées plus haut.

Colbert, créateur de l'industrie française, fut le législateur du commerce de terre et du commerce maritime.

Il compléta l'institution des juridictions consulaires, fondées par l'Hôpital en 1563 ; il l'étendit, et le premier il régla par une

[1] *Mémoire sur la déclaration de* 1708.
[2] Déclaration rendue sur l'édit de mars 1695
[3] Conforme à l'édit d'avril 1667.
[4] Édits de mars et novembre 1708.

loi les engagements commerciaux. — Pour jeter les bases de l'ordonnance de 1673, il appela au conseil de réforme la coopération d'un homme spécialement versé dans les connaissances et la pratique commerciales, Jacques Savary[1] ; et la part de celui-ci à la rédaction fut telle, que l'ordonnance fut appelée dans les premiers temps le code Savary.

Sous l'empire de l'édit de 1563, la compétence consulaire était limitée aux contestations des marchands entre eux pour fait de marchandises ; elle était à la fois personnelle et réelle : l'ordonnance de 1673 imprima le caractère de légalité à un contrat essentiellement commercial, qui avait pris sa naissance dans les déchirements et les persécutions du moyen âge, la lettre de change. Rapide véhicule des valeurs commerciales, lien des relations éloignées, transport effectif de sommes dues sur des places étrangères, la lettre de change fut considérée comme un acte à part, un acte commercial par sa nature et attributif de la juridiction consulaire ; elle détermina une compétence purement réelle, tenant à la chose sans égard à la personne : entre toutes personnes, elle fut soumise à la juridiction des juges-consuls.

Les billets de change, pour lettres de change fournies ou à fournir, n'eurent pas le même caractère ; ils tinrent une place moyenne entre les faits ordinaires de commerce et la nature exceptionnelle de la lettre de change : ils furent distingués des premiers en ce qu'il n'était pas nécessaire que les deux parties eussent la qualité de commerçant, ou que la qualité fût *ex utraque parte* ; il suffisait qu'elle fût *una parte*. — Ils furent distingués de la lettre de change, en ce qu'il fallait que la qualité de commerçant fût attachée au souscripteur ou à l'endosseur pour attribuer juridiction aux juges-consuls[2].

Ainsi, d'après l'ordonnance de 1673, la règle générale était que la compétence des juges-consuls était tout à la fois personnelle et réelle ; et cette règle souffrait deux exceptions : à l'égard

[1] L'auteur du *Parfait négociant*, livre dédié à Colbert.

[2] Ord. de 1673, art. 2, tit. XII, V[r] Commentaire de *Jousse*, p. 184.

des lettres de change, la nature du fait suffisait, la compétence était purement réelle ; à l'égard des billets de change, il fallait que la qualité *ex una parte* se joignît à la nature du fait[1].

Le but que l'Hôpital et Colbert avaient en vue, par l'établissement des juridictions commerciales et le règlement de leur compétence, était de débarrasser le commerce de la longueur des procès et du poids accablant des frais judiciaires : ce but fut atteint, et les juges-consuls, espèce de jury appliqué aux matières commerciales, ont réalisé le bien qu'on attendait de leur institution.

Le deuxième objet que se proposa Louis XIV, et qu'il annonça en tête de l'ordonnance, fut d'assurer parmi les négociants la bonne foi contre la fraude. — Le succès de cette vue du législateur eut pour garantie et la nature même de la juridiction et la sagesse des règlements dont se composa l'ordonnance de 1673. Les dispositions sur les livres des commerçants, sur les sociétés, sur les faillites et banqueroutes, l'appréciation consciencieuse des faits et des conventions, laissée aux consuls, jurés pour le fait et

[1] M. Locré (*Esprit du Code de commerce*) a été trop loin quand il a dit, t. VIII, p. 200 : « L'ordonnance réglait la compétence tout à la fois par « la qualité de la personne et par la nature du fait, c'est-à-dire qu'elle ne « déclarait justiciable de la juridiction commerciale que le commerçant « qui avait fait un acte de commerce. » — M. Locré a oublié les deux exceptions que nous venons de rappeler. — Les rédacteurs du projet du *Code de commerce* proposèrent de régler la compétence, non par la qualité de la personne, mais par la nature même du *fait*, système de la compétence réelle. — Plusieurs cours d'appel s'élevèrent contre le projet et proposèrent d'adopter la règle générale de l'ordonnance, la compétence tout à la fois réelle et *personnelle*. De la réunion de ces deux systèmes sont sortis les art. 631 et 638 du *Code de commerce*. La compétence *réelle*, qui n'était qu'une exception sous l'ordonnance, est devenue une règle large et applicable à un grand nombre d'actes considérés comme commerciaux par leur nature : le billet de change a perdu sa nature douteuse, et il est devenu un acte commercial. — Dans certains cas, la qualité de la personne sert à déterminer le caractère des actes ; ainsi le *billet à ordre*, qui, sous l'ordonnance, avait besoin d'être *entre commerçants* pour être de la compétence commerciale, est censé commercial, d'après le Code, quand il est souscrit par une personne ayant la qualité de commerçant.

juges pour le droit, tendirent toujours à placer les règles de la bonne foi et de l'équité au sein de la profession commerciale.

L'ordonnance de la marine fut un résumé lucide des usages de mer qui, dans le moyen âge, avaient échappé, par la nature de leur objet, à l'empire du droit féodal. Au douzième siècle, quand les croisades avaient mis en mouvement tous les peuples de l'Europe, il se trouva une sorte de droit des gens nautique représenté par le Consulat de mer [1], recueil d'ordonnances d'empereurs grecs, d'empereurs d'Allemagne, des rois de France et d'Espagne, des républiques de Venise et de Gênes, adopté également du onzième au treizième siècle (de 1075 à 1262), à Rome, Pise, Gênes, Venise, en Morée, à Rhodes et Constantinople, en Allemagne, à Marseille et à Paris [2]. — C'est dans cet immense recueil d'usages divers que l'Espagne, l'Italie, la France, l'Angleterre, puisèrent leurs lois nautiques pendant plusieurs siècles [3].

La France eut spécialement le Guidon de la mer, dressé en faveur des marchands trafiquant *en la nóble cité de Rouen* [4].

La Hollande reçut de Philippe II, roi d'Espagne, une ordonnance pour les assurances de la bourse d'Anvers (1593), et bientôt après (1598) on publia le Coutumier pour les assurances d'Amsterdam [5].

L'ordonnance de 1681 fut le résultat si fortement conçu, si clairement rédigé [6], de ces usages européens auxquels se joignirent les données nombreuses d'une expérience plus récente, que le monde maritime a reçu l'ordonnance de Louis XIV comme code

[1] Le Consulat de mer est en deux cent quatre-vingt-quatorze chapitres ; en 1577, il a été traduit en français par un avocat de Marseille, François Meysson.

[2] Grotius, *de Jure belli*, lib. III, c. I, § 5. M. Pardessus, *Lois maritimes*.

[3] Valin, Ordonnance de la marine, préf., p. XII (1766).

[4] Clayrac, 2e partie de son *Recueil sur les anciennes lois maritimes*. V. le recueil si riche en textes et en savantes dissertations de M. Pardessus.

[5] Emérigon, *Traité des Assurances; Préliminaires*.

[6] On regrette que le nom du principal rédacteur se soit dérobé complétement à la reconnaissance publique ; c'était un nom qui devait s'élever plus haut que celui de Savary.

universel : elle fut particulièrement copiée par les Anglais et par les Espagnols.

L'ordonnance de 1673 avait mis en lumière et formulé un contrat sans lequel le commerce de terre n'aurait eu qu'une marche lente et embarrassée, la lettre de change. — L'ordonnance de 1681 formula aussi et généralisa le contrat maritime qui ouvre la voie aux grandes spéculations, aux entreprises hardies, le contrat d'assurance. Il fut entouré de règles précises ; et bientôt une institution nouvelle en France, la Compagnie des assurances, naquit des garanties que ce contrat hasardeux et nécessaire trouvait dans la loi ; la première compagnie fut autorisée à Paris en 1686.

Les ordonnances du commerce et de la marine n'ont pas été, comme les ordonnances et les règles du droit civil, le fruit d'essais lents et laborieux; dans leur développement rapide, elles ont atteint dès l'origine leur état de perfection. — Pourquoi ? Parce que les obstacles nés de la société féodale, et la lutte contre les personnes et les choses, ne se trouvaient pas interposés entre le législateur du commerce et les institutions à créer ou à perfectionner. Le commerce de terre et de mer est un élément de liberté ; la liberté réelle, digne de ce nom, est fille de la raison : des lois qui avaient à régler l'exercice naturel de la liberté dans la sphère de l'industrie, du commerce et des entreprises maritimes, indépendamment des accidents variés de l'état social, devaient donc être des lois essentiellement rationnelles. Les lois commerciales ne peuvent être arbitraires, contraires à la raison et à la nature des choses, que lorsqu'elles ont pour objet de comprimer le commerce, d'entraver sa liberté; mais ces lois oppressives ou restrictives seront dans la classe des lois administratives et de douanes : elles naîtront précisément de tel ou tel état de la société et de ses rapports avec d'autres nations; elles n'auront pas pour objet de régler les rapports et les actes des commerçants entre eux. Les ordonnances de 1673 et 1681 statuaient sur la nature essentielle des rapports du commerce, abstraction faite du gouvernement public et des relations avec d'autres gouvernements. Or, le dix-septième siècle

avait poussé assez loin la connaissance des matières commerciales et des rapports entre personnes commerçantes, pour pouvoir imprimer à ses œuvres son caractère dominant, l'unité ; et là c'était l'unité d'association, l'unité d'harmonie entre éléments divers mais analogues, l'unité de raison.

Quand Colbert pouvait donner à la liberté civile ces garanties rationnelles, une ordonnance venait consacrer la pensée du grand administrateur. — Ainsi, au milieu de ce dix-septième siècle où la noblesse féodale, devenue noblesse de cour, voulait racheter sa faiblesse, sa nullité politique, par les éblouissements de la richesse et de l'éclat extérieur, Colbert vit que la liberté des engagements avait besoin d'un appui en faveur de la classe bourgeoise et commerçante. Les grands seigneurs, par leurs brillantes apparences, fascinaient les yeux de l'homme du tiers état, qui avait laborieusement acquis un capital pécuniaire. Le bourgeois prêtait son argent au grand seigneur sur la foi de ses possessions territoriales, de ses titres imposants, et sur la foi d'un contrat qui lui donnait, pour sûreté de sa créance, une hypothèque générale sur de vastes propriétés [1] : il n'était pas moralement libre de résister à de telles présomptions. Colbert voulut, en dessillant ses yeux, lui rendre sa liberté morale. Il tenta de déchirer le voile d'apparences perfides, de donner une garantie réelle aux prêteurs de fonds, en les éclairant sur la position des emprunteurs titrés, et de faire refluer ainsi les capitaux vers le commerce et l'industrie. Par une ordonnance contemporaine et sœur de l'ordonnance du commerce, il voulut « rendre publiques toutes les hypothèques, et perfectionner, par « une disposition universelle, ce que quelques coutumes avaient « essayé par les saisines et nantissements. » — On connaît le résultat. La noblesse était tellement descendue au-dessous de l'orgueil féodal, en s'abaissant à la vanité de cour, qu'elle jeta les hauts cris contre la mesure ennemie de son crédit mensonger

[1] L'ordonnance de 1539 reconnaissait la force d'hypothèque attachée à toute convention passée devant notaires, et la donnait à toute convention sous seing privé reconnue en justice (art. 92)

et qui allait tarir ses frauduleuses ressources. Le système des hypothèques occultes était un moyen de fournir à son luxe, à ses prodigalités, un continuel aliment. Déjà Henri III, Henri IV et Sully, avaient tenté vainement de jeter quelques lumières dans ce système ténébreux, et de rendre publics les contrats, les hypothèques, les déclarations d'emprunts. Leurs édits de 1581 et de juin 1606 avaient été promptement révoqués ou étaient restés sans exécution[1]. De même, en avril 1674, un an après l'édit qui instituait les *greffes d'enregistrement*, un édit de Louis XIV rendit aux hypothèques leur profonde nuit : « Quoique nos « sujets, dit le roi, pussent recevoir de très-considérables avan- « tages de son exécution (l'édit des hypothèques), néanmoins il « arrive ordinairement que les règlements les plus utiles ont leurs « difficultés dans leur premier établissement, et il s'en rencontre « dans celui-ci *qui ne peuvent être surmontées*, » (il fallait que l'opposition fût bien générale pour que Louis XIV fléchît !) « qui ne peuvent être surmontées dans un temps où nous sommes « obligés de donner notre application principale aux affaires de la « guerre[2]... »

Et ainsi les procédures embarrassées des *décrets forcés* ou des *décrets volontaires, des saisies réelles et des criées coutumières*, qui formaient une partie du droit non moins mystérieuse que les formules pontificales de l'ancien droit civil de Rome, furent les seuls moyens qui restèrent aux créanciers et aux acquéreurs pour leur garantie respective[3].

Cette incertitude se prolongea jusqu'aux lois de la Révolution. A la vérité, l'édit de juin 1771, sur les hypothèques, apporta une

[1] L'édit de 1581 exigeait la publicité par enregistrement, faute *de quoi* on *n'acquerrait point droit* de *propriété* ou d'*hypothèque* sur les héritages. Révoqué en mai 1588.— L'édit de 1605 ne fut enregistré qu'au parlement de Normandie et ne fut jamais exécuté dans les autres parlements.

[2] On voit avec surprise dans d'Aguesseau (t. IX, p. 279, édit. in-8e) une apologie de l'hypothèque occulte. D'Aguesseau se fonde sur l'*expérience*, qui, cependant, dénonçait énergiquement le système du droit occulte.

[3] Voir le *Patricien françois* de Lange; d'Héricourt, *Vente des immeubles par décret;* Grenier, Comment. sur l'édit de 1771 (1785).

modification salutaire aux acquéreurs. Il substitua les *lettres de ratification* aux décrets volontaires; il donna aux acquéreurs le moyen de connaître les hypothèques dont les biens étaient grevés et de payer le prix avec sécurité. — Mais ces lettres de ratification ne firent rien pour améliorer la position des prêteurs, que Colbert avait voulu secourir par la publicité des hypothèques. — L'édit de 1771 ne donna aucun moyen aux parties contractantes de connaître la position effective du futur débiteur, auquel cependant elles allaient livrer leurs deniers.

Il établit, pour purger les hypothèques, une formalité plus simple que les formalités des criées, si sujettes à nullité. Le dépôt du titre au greffe, l'exposition dans l'auditoire pendant deux mois, avant le sceau des lettres de ratification, mettaient en demeure les créanciers hypothécaires de former opposition au sceau de ces lettres nécessaires; et les lettres purgeaient l'hypothèque de toutes personnes, femmes, mineurs, absents. — Mais cela n'empêchait pas un grand nombre de créanciers d'être souvent ruinés par suite de l'obscurité fatale dont l'ordonnance rétrograde de 1674 et l'édit incomplet de 1771 couvraient soigneusement ou les stipulations conventionnelles, ou l'existence légale d'hypothèques antérieures.

Si Colbert avait été obligé de fléchir sous le poids des exigences seigneuriales, en matière d'hypothèques, il fut plus heureux dans ses vues administratives sur les biens des communes. Là aussi il trouva résistance; mais, comme cette résistance n'était qu'un dernier effort d'indépendance communale mal comprise, il en triompha sans peine. L'esprit démocratique au dix-septième siècle n'était pas un principe d'opposition contre le pouvoir royal : si la démocratie, au siècle de Louis XIV, va préparant sa puissance par l'importance que prennent les lettres, les sciences, les arts, par les développements nouveaux donnés à l'industrie commerciale, ce n'est encore qu'un élément d'avenir au sein du tiers état; ce n'est pas une force active dans l'ordre politique.

Un édit de 1666 (avril) avait donné aux paroisses le droit de rentrer dans les biens communaux, usages et droits par elles vendus ou engagés depuis 1620, pendant les désordres de la guerre civile.

L'édit avait pour objet de réprimer la dissipation des biens communaux, « d'autant plus générale, y est-il dit, que les seigneurs, « les officiers et les personnes puissantes se sont aisément prévalus « de la faiblesse des habitants ; que les intérêts des communautés « sont ordinairement des plus mal soutenus, et que rien n'est « davantage exposé que ces biens dont chacun s'estime le maître. »

Cet édit obligea les seigneurs qui prétendaient au droit de prendre le tiers sur les communaux, ou qui en auraient fait faire le *triage* à leur profit depuis 1620, à en laisser, nonobstant contrats et arrêts contraires, l'entière possession aux communautés. Cependant l'ordonnance de 1669 modifia cette dernière disposition, et elle autorisa les seigneurs (art. 6) à demander à leur profit la distraction du tiers des communaux, si leur concession avait été gratuite, si le tiers n'avait pas été déjà prélevé, et si les deux autres tiers suffisaient aux besoins des membres de la communauté.

Les communes, dans les temps de troubles civils et religieux, n'avaient pas seulement aliéné leurs biens, elles avaient encore contracté des dettes considérables. Souvent les maires, échevins ou autres officiers municipaux, et même les habitants des communes, étaient soumis à des saisies, à des contraintes, à des emprisonnements de la part d'autres villes et communautés ; et puis les habitants exerçaient les uns contre les autres des recours en garantie ; ils étaient poursuivis en tous lieux où ils pouvaient être trouvés, « ce qui diminuait et abolissait entièrement le commerce « et la communication que les habitants des villes doivent avoir « les uns avec les autres, et même leur ôtait la liberté de sortir « desdites villes [1]. »

[1] Préambule de l'ordonnance d'août 1683.

Colbert s'attacha d'abord à faire opérer la liquidation et le payement des dettes des communautés; et par l'ordonnance d'avril 1683 il les soumit à un tout autre système d'administration. « Nous voulons porter nos soins plus avant, disait-il, et les em-« pêcher à l'avenir de retomber dans le même désordre duquel « nous les avons tirées, en restreignant par un bon règlement « la liberté trop grande que lesdites villes et communautés ont « eue de s'endetter par le passé. »

L'édit détermine un mode d'administration qui diffère peu de celui qui aujourd'hui même régit les communes.

Les villes et communautés sont mises sous la tutelle des intendants et du conseil du roi, qui devront arrêter l'état des dépenses.

Le fonds des dépenses sera pris sur les revenus patrimoniaux, et par supplément sur le produit d'impositions communales votées par les habitants, accompagnées de l'avis des intendants et autorisées par le roi ; le collecteur est nommé par les habitants ; l'assemblée des habitants est convoquée à l'issue de la messe paroissiale.

Les ventes et les emprunts sont défendus, si ce n'est en cas de *peste*, de logements et ustensiles des troupes, et réédifications des nefs d'églises. L'intendant accordera alors l'autorisation ; cependant, en cas de peste, la délibération des habitants peut être exécutoire par elle-même. Toute autre dette est déclarée nulle.

Les députations faites au nom de la communauté devront être gratuites.

Pour garantir les communes de l'esprit processif qui les atteint comme les particuliers, il leur est interdit de plaider, soit en demandant, soit en défendant, sans autorisation préalable.

Les officiers municipaux, dont l'administration était sagement restreinte par cette ordonnance, suivirent les anciens usages; et deux déclarations de 1687 et de novembre 1703 confirmèrent le nouveau règlement : la dernière rendit les maires personnellement responsables de son inexécution.

Une ordonnance spéciale, de décembre 1672, régla en trente-trois chapitres, pour la ville de Paris, la juridiction du prévôt des marchands et des échevins de la ville.

« Nous n'avons rien tant à cœur, disait le roi[1], que de garantir « le plus faible de l'oppression du plus fort : » et Louis XIV se rendait un témoigage juste et vrai ; c'était vers la même époque, en 1665, qu'il avait fait tenir les grands jours en Auvergne pour sévir contre les seigneurs et surtout les juges-prévôts qui, de concert avec eux, accablaient les vassaux et leurs justiciables[2]. Louis XIV avait alors une volonté ferme de protection pour le faible; il achevait la lutte contre le système politique de la féodalité : il était dans la première partie de son règne.

N° V. — Tentatives de réformes sur les coutumes. — Projet d'un Code Louis. — Arrêtés de Lamoignon.

Colbert et ceux qui s'associèrent à ses projets de réformation des ordonnances s'appliquèrent à la partie administrative, au règlement des juridictions et des formes de justice, sauf la grande exception des lois commerciales. — Ils avaient une autre pensée : c'était, après avoir traversé la forme, d'aller au fond des choses : cette pensée se trouve noblement exprimée en tête d'une déclaration du 30 décembre 1681 (sur les droits des femmes de Bourgogne) : « Après avoir employé tous nos soins, y est-il dit, pour « rétablir la justice au dedans de notre royaume par l'autorité « des lois, comme étant le fondement le plus solide de la durée « des États, l'appui et le repos des familles, nous voulons bien « encore nous appliquer à rendre uniformes, autant qu'il est « possible, dans nos cours, les règles et les maximes qui doivent « être suivies dans la justice distributive. »

Le premier moyen employé par Colbert et Louis XIV fut de chercher à relever et à fortifier l'étude du droit romain dans la Faculté de Paris, qui en était spécialement privée depuis l'ordon-

[1] Préambule de l'édit de 1667.

[2] Voir les *Grands Jours d'Auvergne*, par Fléchier, publiés par M. Chéruel (1857).

nance de Blois de 1579, et dans toutes les Universités du royaume qui étaient déchues de leur ancienne grandeur. Ce fut l'objet de l'édit d'avril 1679 et de la déclaration du 31 août. Le préambule de l'édit révèle une pensée digne des magistrats de l'époque et atteste ces regrets des fortes études du seizième siècle, regrets que d'Aguesseau a reproduits dans ses Mercuriales de 1699 et de 1704. — L'édit qui voulait restaurer l'enseignement du droit romain créait en même temps (art. 14) une chaire de droit français dans les Facultés. Il fondait ainsi une alliance indissoluble entre les deux grandes parties de la science juridique et de la législation ancienne et moderne [1].

Sur le fond même des matières civiles la pensée d'unité ou d'uniformité ne produisit que des projets et des mémoires, ou de faibles essais à l'égard de quelques points isolés de jurisprudence.

Une commission de trois membres fut nommée dans le grand conseil pour préparer un code général qui devait s'appeler le *Code Louis*. Domat avait été désigné au roi par le chancelier Séguier et chargé par Louis XIV, vers 1664, de préparer le travail. Il présenta des mémoires. Le projet parut trop vaste et n'eut pas de suite. — Un magistrat d'un grand nom, Lamoignon, aidé d'avocats savants et distingués, Auzannet et Fourcroy, conçut, de son côté, le projet hardi de mettre l'unité dans les *coutumes*, de réaliser la pensée de Dumoulin, en prenant pour type principal la coutume de Paris, et en s'aidant des décisions du droit romain. Ce projet et les conférences chez le premier président, antérieurs au Conseil de réforme institué par Colbert le 28 octobre 1666, donnèrent lieu à d'importants travaux ; cependant les recherches historiques qui accompagnèrent les Arrêtés de Lamoignon portèrent le caractère d'une confusion qui rendit stériles pour l'histoire du droit français ces travaux préparatoires.

[1] Édit d'avril 1679 et édit du 23 mars 1680, portant établissement des docteurs agrégés dans les facultés de droit du royaume; *voir* Mélanges de M. Benech, p. 187 (1857).

Les Arrêtés réfléchirent une connaissance étendue du droit coutumier et une grande supériorité de vues, pour arriver à l'uniformité. Toutefois ils ne furent en définitive que la traduction d'une pensée imposante, il est vrai, mais impossible alors à réaliser. L'application de l'unité à l'élément coutumier, presque infini dans ses variétés, à une époque où la féodalité, mère des coutumes, vivait encore de toute son énergie dans l'ordre de la société civile : c'était là une impossibilité morale contre laquelle devaient se briser également et le génie de Dumoulin et la science de Lamoignon. Après ce dernier, le jurisconsulte Bourjon voulut aussi élever à la doctrine coutumière un monument d'unité ; et il ne réussit qu'à faire un commentaire sur la coutume de Paris, en changeant l'ordre des matières, en y rattachant des lambeaux de divers ouvrages, et en décorant le tout du titre pompeux de Droit commun de la France (1747).

Vouloir imprimer l'uniformité aux coutumes en présence de la féodalité civile, c'était méconnaître le rapport essentiel et nécessaire entre l'état donné d'une société et les lois qui peuvent le régir, en le réfléchissant.

N° VI. — Réforme sous Louis XV, par les ordonnances de d'Aguesseau.

Cette réforme du fond des choses, que le siècle de Louis XIV avait entrevue et même essayée sur un point impraticable, fut entreprise et suivie, mais avec une grande circonspection, par le siècle suivant : le dix-huitième siècle a eu dans d'Aguesseau son magistrat vraiment réformateur et législateur (1717-1751).

Bien que le savant chancelier fût frappé de la grande pensée de l'unité, de l'uniformité des lois, il a sévèrement distingué les matières où cette uniformité était immédiatement applicable, et celles qui la repoussaient par elles-mêmes. — Il a compris aussi que la loi faite pour un pays divisé en deux zones principales quant au droit civil, les pays coutumiers et les pays de droit écrit, devait en certaines matières reproduire ces différences sociales, en réglant et généralisant les maximes dans chacune des

grandes divisions. La science profonde de d'Aguesseau et dans le droit des coutumes et dans le droit romain, son caractère naturel de circonspection et de prudence, lui donnaient les qualités les plus appropriées au législateur d'une époque transitoire.

Le dix-huitième siècle, en effet, n'était qu'une époque de transition. Le siècle précédent, qui avait complétement rompu en politique avec les doctrines et les institutions du moyen âge, s'était arrêté dans l'intime alliance d'un culte exclusif, en religion, et d'une royauté absolue : c'était à la fin du règne de Louis XIV le caractère de l'unité. Mais le dix-huitième siècle, tout en héritant de ce principe d'unité dominante, était travaillé d'un besoin immense de mouvement et d'émancipation. Il avait donné la main, par-dessus le tombeau de Louis XIV, au seizième siècle, à ce siècle novateur et grand dans l'histoire qui portait en lui les principes et les révolutions du monde moderne, et qui, en brisant, au nom de la liberté et de la raison, les derniers liens de la théocratie, avait ébranlé les bases mêmes de l'autorité légitime. Il y avait donc encore dans les esprits un élan marqué vers les idées d'uniformité appliquées à la société, idées qui avaient pris dans les diverses classes une nouvelle force par l'action même du règne précédent : mais, si Louis XIV avait voulu de l'unité à tout prix, les classes éclairées du dix-huitième siècle voulaient ardemment, dans l'organisation sociale, l'unité libre et rationnelle, l'unité d'harmonie; elles répudiaient l'unité aveugle et tyrannique.

La magistrature ne partageait pas ce mouvement des esprits vers l'unité sociale : elle faisait un point d'arrêt, sinon de réaction. Dans les parlements et les cours de justice, il y avait généralement répugnance prononcée contre les applications de l'unité à la législation. Le président Hénault, écrivant vers cette époque, ne faisait que reproduire l'écho d'une pensée profondément parlementaire, quand il insérait, dans ses remarques sur la troisième race, une dissertation vraie contre l'uniformité des lois appliquée aux coutumes[1] :

[1] Tome III, p. 168 et suiv., édit 1768.

« On ne vit point à Dunkerque comme à Toulouse, à Marseille comme à Paris, en Normandie comme à Saint-Malo, et les bourgeois, la noblesse et les marchands, doivent être régis différemment. On doit accommoder les lois à la république, c'est-à-dire au naturel des sujets, en considérant le pays qu'ils habitent et la position, qui influe beaucoup sur les esprits. Dans l'idée de faire des lois uniformes, quelle règle pourrait-on prescrire? à quel ordre de citoyens aurait-on égard par préférence aux autres? — *Lex est commune præceptum*, il est vrai; mais ce n'est point pour les hommes en général, mais pour *chaque province en particulier*, qui par sa nature et sa position *a choisi*, de temps immémorial, une manière de vivre qui lui fût propre, qu'on appelle *coutume*, qui est devenue loi par l'approbation du souverain. — L'autorité ne doit tirer les lois nouvelles que comme des écoulements des anciennes; dès qu'elle n'y aura plus d'égards, le droit nouveau forcera tout : ce sera, comme dit Pope[1], un droit toujours ou trop fort avec les faibles, ou trop faible avec les forts. Souvenons-nous de notre origine : les nations réunies sous nos rois conquérants n'y conservèrent-elles pas chacune de leurs lois? »

Ainsi d'Aguesseau ayant à continuer sur les matières du droit civil, de la justice distributive, la mission de réforme, appliquée principalement par Colbert aux juridictions et aux règles de procédure, d'Aguesseau se trouvait placé entre le mouvement du dix-huitième siècle, que l'instinct de civilisation, le souffle de la science, portaient vers les idées d'uniformité, et l'esprit conservateur du passé, qui protégeait toujours les coutumes, les institutions féodales, et les diversités de jurisprudence parlementaire.

Une opinion moyenne s'était formée parmi les jurisconsultes; elle avait pour principal organe le savant annotateur d'Henrys, Bretonnier, qui entreprit de concilier, pour les pays de droit écrit, les diversités de jurisprudence sur les principales questions de droit[2], et qui suivait en cela l'inspiration de d'Aguesseau :

[1] Pope n'était pas sans doute une grande autorité pour un historien jurisconsulte et publiciste, mais on commençait à citer l'Angleterre.

[2] *Recueil par ordre alphabétique des principales Questions de Droit*, in-12, 1718, 1re édit.; in-4°, 1783, avec additions de Boucher-d'Asgis.

« Dans le dessein de rendre la jurisprudence uniforme, il faut, dit-il, distinguer entre les coutumes et le droit écrit. A l'égard des coutumes, je sais que deux célèbres avocats et un grand et savant magistrat ont entrepris de concilier les coutumes ensemble et de les réduire en une seule. Ils n'ont pas eu le succès que leur mérite semblait promettre, parce qu'ils avaient entrepris une chose trop difficile et pour ainsi dire impossible. La même cause qui a fait introduire les coutumes les a fait naître toutes différentes et même presque toutes contraires... Il n'en est pas ainsi des pays de droit; ils n'ont tous qu'une seule et même loi; mais, comme c'est une loi morte, elle a besoin d'interprétation : chaque parlement, chaque tribunal, chaque juge, l'interprète suivant ses lumières, son goût et ses caprices... Je ne suis pas assez téméraire pour avoir la pensée de m'ériger en législateur... souvent j'ai fait des vœux pour qu'il plaise à Dieu d'envoyer... un chancelier qui ait toutes les qualités nécessaires à un bon législateur, la droiture du cœur, les lumières de l'esprit, un jugement solide, un discernement exquis, une profonde connaissance du droit romain et de la jurisprudence française, une longue expérience de la judicature; qui n'ait d'autre vue, d'autre intérêt, d'autre passion, que l'amour de la justice et du bien public. »

Bretonnier a vu son vœu s'exaucer; il est décédé en 1727, et d'Aguesseau avait la charge de chancelier. Le portrait idéal qu'il avait tracé en 1718 du chancelier législateur fut réalisé dans d'Aguesseau alors noblement exilé à Fresne, et auquel il pensait sans doute en écrivant. Pendant son double exil de 1718 à 1720, de 1722 à 1727, d'Aguesseau médita sur les réformes que devaient subir la justice, la procédure et le droit. — Son mémoire sur la Réformation, rédigé durant ces loisirs glorieux que lui faisait la régence, montre qu'il regardait comme problématique le succès général des efforts d'un réformateur :

« Je ne sais si l'on peut jamais espérer dans ce royaume de parvenir à une réformation solide et sérieuse de la justice; mais, si les temps devenaient quelque jour favorables à l'exécution d'un si louable dessein, il semble que cette réformation devrait rouler sur trois points principaux : le premier est le *fond* des matières même qui sont l'objet de la jurisprudence; le deuxième est la *forme* de la procédure, ou le

style judiciaire; le troisième est la conduite et la discipline des officiers qui rendent la justice, et des ministres inférieurs qui en sont comme les instruments nécessaires. »

Replacé à la tête de la justice au mois d'août 1727, sous le ministère Fleury, d'Aguesseau se vit en état d'appliquer ses vues de réforme [1].

Il les porta sur les deux premières parties qu'il avait indiquées dans son mémoire, et qui comprennent l'ensemble du droit et des institutions judiciaires; mais il jugea, comme Bretonnier et le président Hénault, que les coutumes, dans l'état donné de la société, étaient un élément rebelle à l'uniformité de la loi romaine ou d'une ordonnance royale.

« *Il serait non-seulement très-difficile*, disait-il, *mais entièrement injuste* de vouloir réduire toutes les coutumes à une seule, dans ce qui regarde les droits seigneuriaux... Il y aurait de l'injustice à changer sans nécessité l'état de la fortune des hommes, en abrogeant d'anciens usages et même des lois publiques, sur la foi desquels ils ont vécu, ils ont contracté et disposé de leurs biens depuis plusieurs siècles. On exciterait par là un murmure universel dans toute la noblesse, murmure qu'on peut craindre, même quand il n'est pas bien fondé, mais qu'il ne saurait être permis de négliger, pour y donner lieu par une véritable injustice. Si l'on formait le dessein de réduire toutes les coutumes à une seule, il ne faudrait pas y comprendre les droits de justice, de fiefs et de censives. »

Dans une circulaire adressée le 10 novembre 1728 aux premiers présidents des parlements et des cours supérieures, il s'exprimait ainsi [2] :

« Ce n'est pas d'aujourd'hui que tous ceux qui aiment véritablement la justice et le bien public sont blessés de voir que, dans le même royaume, les mêmes questions, quoiqu'elles soient purement de droit, sont jugées d'une manière différente et souvent opposée dans les dif-

[1] Il était seul avec M. de Machault, tandis que Colbert avait en 1666, dans le conseil de réformation, quinze personnes : MM. Villeroi, Séguier, d'Aligre, de Machault, Pussort, Boucherat, etc., etc. (Voir Hénault, année 1667.)

[2] Mémoire cité, t. XIII, p. 211, édit. in-8°. — Tome XII, p. 280.

férents tribunaux. Si cela n'arrivait que parce que les provinces qui sont de leur ressort sont régies par des lois différentes, et quelquefois contraires les unes aux autres, il n'y *aurait rien à réformer* dans la jurisprudence des compagnies, qui ne peuvent s'empêcher de suivre les lois qu'elles trouvent établies dans chaque pays, jusqu'à ce qu'il ait plu au législateur de les ramener toutes à l'uniformité; mais ce qu'il y a de plus singulier, et à quoi il est en même temps plus facile de remédier *qu'à la diversité ou à la contrariété des coutumes*, c'est que, quoiqu'il ne s'agisse que de l'exécution des mêmes lois, les juges les expliquent d'une manière si différente, qu'il en résulte sur certains points des maximes et des jurisprudences directement opposées dans les divers tribunaux de ce royaume; c'est un abus qui résiste à la nature de la justice même, dont un des principaux caractères est d'être uniforme, sans aucune distinction de temps ou de lieux... Il en résulte d'ailleurs un très-grand inconvénient... c'est la multitude de demandes en règlements de juges ou d'évocations, dont le motif secret est d'éviter le parlement qui suit les maximes opposées aux prétentions des plaideurs, et d'être renvoyé dans celui dont ils savent que la jurisprudence leur est favorable; en sorte que le jugement de ces contestations décide, en quelque manière, du sort des parties dans ce qui fait le sujet principal de leur différend, et, en ne paraissant prononcer que sur la compétence des tribunaux, le Conseil prononce en quelque manière sur le fond. »

D'Aguesseau révèle encore sa pensée dans la lettre à M. de Machault, conseiller d'État, associé à ses travaux de réforme[1] :

« Il ne s'agit point, quant à présent, de faire *une loi générale* et comme un corps entier de législation qui embrasse toutes les matières de jurisprudence : plût à Dieu qu'il fût aussi aisé d'*exécuter un tel ouvrage* qu'il l'est de le *concevoir*, et encore plus *de le désirer*. Mais, comme le dessein en a paru *trop vaste* et *trop difficile*, on s'est réduit à établir des règles certaines et uniformes sur ce qui fait le sujet d'une diversité de jurisprudence aussi peu honorable à la justice qu'onéreuse et souvent nuisible à ceux qui sont obligés de la réclamer. »

[1] *Lettre*, 3 mai 1730, *idem*, p. 289. — Voir un Mémoire sur les mss. de d'Aguesseau, par M. Monnier (compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques, 1859), et les observations sur Domat pour les projets antérieurs de Codification, par M. Cousin, p. 74.

D'Aguesseau, conformément à ces pensées, laissa les coutumes intactes sur presque tous les points du droit féodal et coutumier; il choisit seulement les matières du droit civil qui étaient le plus susceptibles de généralisation : les donations, les testaments, les substitutions; et alors, ou il généralisa les formes et conditions des actes sans toucher au fond des choses, comme dans l'ordonnance de 1731 sur les donations; ou il adapta son ordonnance de réformation à la grande division des provinces septentrionales et méridionales, comme dans l'ordonnance de 1735 sur les testaments, dont les dispositions se partagent entre les pays de coutume et les pays de droit écrit. — Il fit beaucoup moins que ne demandaient les partisans de l'unité absolue [1]; mais, en secouant les préjugés étroits qui protégeaient dans les pays coutumiers les diversités de jurisprudence parlementaire, il fit plus que n'auraient osé espérer les jurisconsultes qui, comme Bretonnier, réclamaient l'uniformité seulement en faveur des pays de droit écrit.

Arrêtons-nous quelques instants devant les trois ordonnances des donations, des testaments, des substitutions, par lesquelles s'est développé, dans un ordre de choses liées entre elles, le plan de réforme de d'Aguesseau: la première, surtout, dont plusieurs dispositions ont été recueillies par nos législateurs modernes, mérite une attention particulière [2].

I. S'il commença par les donations, il en exprime lui-même le motif :

« Dans la vue de fixer la jurisprudence sur les questions qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume, *quoique sur le fondement des mêmes lois*, j'ai cru devoir en faire le premier essai sur la matière des donations, comme une des plus simples et des moins difficiles [3]. » — « L'objet général du plan que le roi s'est pro-

[1] Thomas, dans son *Éloge*, semble craindre de ne pouvoir le justifier de sa réserve aux yeux de l'opinion publique.

[2] Elle a servi de fondement au titre des donations du *Code civil*, qui, dans les art. 960 et suivants, en reproduit le texte.

[3] *Lettre* à M. de Machault, 3 mai 1730, p. 289.

posé... a été de faire cesser la jurisprudence qui s'était formée sur l'exécution *des mêmes lois*. Dans cette vue, la loi a dû être nécessairement commune à tout le royaume dans les matières où les règles sont aussi communes, et telle est celle des donations, au moins pour ce qui regarde la nature, la forme, les charges, ou les conditions de ses actes. Ce n'est pas sur ces différents points que l'on peut opposer les maximes du droit coutumier à celles du droit romain, c'est dans ce qui regarde les successions et les testaments. On peut dire, au contraire, que, par rapport à ce qui fait le sujet de la nouvelle ordonnance, c'est dans les lois romaines que les pays qui se régissent par les coutumes ont puisé les principes généraux qui y sont suivis. — Mais, comme ces principes ont été différemment appliqués dans les différents tribunaux, il était nécessaire que le roi les réunît tous en fixant le *véritable esprit des lois*, qui sont le fondement commun de leurs jugements[1]. »

— ... « Personne n'est plus prévenu que moi, disait d'Aguesseau au parlement de Toulouse, en faveur de la sagesse et de la profondeur des lois romaines. La nouvelle ordonnance en est une preuve, puisqu'elle est conforme dans toutes ses dispositions aux plus saines maximes d'un droit si respectable. Mais il faut considérer que le corps de ce droit ne s'est pas formé tout d'un coup; qu'il est composé d'une longue suite de décisions et de lois, dont le progrès a été tel, que les lois du code se sont éloignées en plusieurs points de la jurisprudence du digeste; que les novelles de Justinien ont dérogé à quelques dispositions du code; que ces novelles mêmes ont reçu plusieurs changements par celles des empereurs postérieurs, et qu'enfin le corps du droit civil, tel que nous l'avons, n'est ni interprété, ni observé de la même manière dans les parlements qui font gloire d'y être attachés. Or tout le droit qu'avaient les législateurs romains ayant passé en la personne de nos rois, ils n'ont pas moins qu'eux le pouvoir de faire des dispositions nouvelles, qui, sans altérer le fond, et ce qu'on peut appeler le système entier du droit écrit, n'y font que des *changements légers* pour le perfectionner, et pour choisir, entre les différentes interprétations qu'on y a données dans différents tribunaux qui suivent ce droit, celle qui doit être préférée pour le bien public[2]. — On a suivi (dans l'ordonnance) avec une attention scrupuleuse les principes les

[1] *Lettre* du 25 juin 1731 au parlement de Bordeaux, qui avait fait des remontrances.

[2] *Lettre* du 30 juin au parlement de Toulouse, p. 324 et 330.

plus solides du droit romain, sans donner la moindre atteinte à ce qui appartient à la substance et au système général de ce droit. »

D'Aguesseau, dans ses réponses aux parlements et aux magistrats qui faisaient des remontrances ou observations, est entré dans des détails bien propres à fixer le véritable esprit qui l'avait dirigé; ainsi dans sa lettre du 24 avril 1731 [1], il disait :

« Les doutes qui sont la matière de vos observations sur l'art. 3 de la nouvelle ordonnance peuvent être facilement éclaircis, en considérant que cet article n'a pour objet que de régler la forme intrinsèque des donations à cause de mort... Les termes ne peuvent s'appliquer qu'à la formalité extérieure ou à la manière de faire la disposition, et non pas à la substance ou au fond même de la disposition. Le roi a voulu régler par cet article comment la donation à cause de mort doit se faire, et non pas abolir cette disposition dans les lieux où elle est en usage... En les assujettissant à une forme qui leur sera commune avec les codicilles, l'intention du roi n'a pas été d'en changer la nature... ni d'apporter le moindre changement aux règles et à la jurisprudence qui s'observaient à l'égard de ces donations, lorqu'elles pouvaient être revêtues de la forme des actes entrevifs. »

Il disait encore, en répondant au parlement de Normandie [2] :

« Le seul préambule de la nouvelle ordonnance suffisait pour dissiper les alarmes de votre compagnie sur la conservation de la coutume de Normandie, puisqu'il est marqué expressément qu'il ne s'agit de rétablir l'uniformité que dans les différentes matières de jurisprudence où l'on observe les mêmes lois. Ce dessein est donc bien différent de celui de réduire toutes les coutumes en une seule, et si sa Majesté se porte *très-volontiers à conserver à chaque province sa loi municipale*, celle qui s'observe en Normandie mérite sans doute une considération particulière.

— ... « Il paraît assez singulier que le parlement de Normandie trouve trop de conformité entre la nouvelle ordonnance et le *droit écrit*, pendant que des parlements attachés à ce droit ont prétendu

[1] Tome XII, p. 295.
[2] *Lettre*, 22 juillet 1731, p. 391.

qu'on y avait trop suivi l'esprit du *droit coutumier*. Des remarques si opposées ne peuvent servir qu'à faire voir combien le roi y a pris un juste milieu entre les extrémités contraires, et avec quelle attention Sa Majesté s'est attachée à suivre et à renfermer dans leurs véritables bornes ces premiers principes généraux qui doivent fixer l'une et l'autre jurisprudence sur les questions qui leur sont communes, sans donner aucune atteinte à ce qui est propre *aux coutumes de chaque province*. »

Pour préparer les matériaux de l'ordonnance de 1731, d'Aguesseau avait envoyé à tous les parlements une série de seize questions sur des points controversés, en demandant à chacun le progrès et l'état actuel de sa jurisprudence. Les mémoires furent rédigés avec soin; ils furent dépouillés par M. de Machault fils et le fils de d'Aguesseau. M. de Machault père, conseiller d'État, se chargea de résumer les observations, et ce fut sur ces travaux préliminaires, suivis de conférences, que d'Aguesseau arrêta son plan définitif. Mais les parlements dont les opinions avaient été écartées reproduisirent leurs systèmes après la publication; ceux de Grenoble, de Dijon, de Toulouse, de Bordeaux, de Besançon, de Normandie, etc., firent des remontrances avant l'enregistrement, et d'Aguesseau répondait à juste titre aux parlements[1] :

« Le roi s'est conduit moins *en législateur qu'en juge*, puisqu'il ne s'est déterminé sur aucune question qu'après avoir entendu tout ce que les différents parlements du royaume ont jugé à propos de lui représenter pour soutenir la jurisprudence qui leur était particulière. — Mais, lorsque tous les avis ont été pleinement discutés, et que le roi a préféré entre les différentes jurisprudences celle qui a paru la plus avantageuse à tous ses sujets, des remontrances ne peuvent servir qu'à prouver encore plus la *nécessité de la loi qui a été faite*, et il serait impossible d'en tirer aucune autre conséquence. »

Il disait encore :

« La loi est publiée à présent dans toute l'étendue du royaume;

[1] *Lettre*, 9 mai 1731.

elle ne l'aurait jamais pu être s'il avait fallu attendre, pour la publier, que les suffrages de tous les parlements eussent été uniformes [1]. »

Pour remplir le plan qu'il s'était formé, relativement aux donations, d'Aguesseau a fixé par son ordonnance la variété et l'incertitude de la jurisprudence sur les six objets dont nous allons parler successivement :

1° Le premier objet de l'ordonnance fut :

La forme extérieure de l'acte de donation. — L'authenticité de l'acte par-devant notaires et avec minute a été imposée comme nécessaire. La question agitée jusqu'alors de la validité des donations sous seing privé a été tranchée [2]. La forme douteuse des donations à cause de mort a été abolie [3] ; la faculté de disposer de ses biens par donation à cause de mort a été conservée, mais elle n'a pu désormais s'exercer que sous la forme testamentaire ou codicillaire, distinction importante pour les pays de droit écrit, car les fils de famille, privés du droit de disposer de leurs biens par testament ou codicille, pouvaient en disposer par donation à cause de mort [4].

La nature de la donation entre-vifs a pris un caractère fixe et exclusif. La donation entre-vifs, sous la coutume de Paris [5], ne pouvait valoir comme telle quand elle était faite par un donateur *in extremis*, mais elle pouvait valoir comme disposition testamentaire ; elle fut privée de cet effet alternatif ; la crainte des suggestions et captations fit donner à la nullité un effet absolu ; la formalité auxiliaire d'une disposition à cause de mort fut regardée comme une superfétation inutile sur un acte privé de vie légale [6] : la main du législateur arracha par ce moyen, en

[1] *Lettre*, 22 juillet 1731.

[2] Duplessis, *sur Paris*, était *pour* la validité, tit. *des Donat.*, liv. II, sect. v ; Ricard, partie I, ch. IV, sect. II, n° 381, était *contre*.

[3] Art. 1, 2, 3 de l'ordonnance de février 1731.

[4] Furgole, sur l'art. 3, t. V, p. 24.

[5] C. de Paris, art. 277, et beaucoup d'autres coutumes, Normandie, etc.

[6] Art. 4 de l'ordonnance.

pays de coutume, la racine d'un grand nombre de procès; mais, en pays de droit écrit, la disposition n'avait aucune application, car un malade à l'extrémité pouvait valablement donner entre-vifs[1].

2° Le deuxième objet à fixer par l'ordonnance fut l'*acceptation expresse*[2].

Selon le droit de Justinien et la jurisprudence de Toulouse et de Bordeaux, l'acceptation du donataire pouvait résulter soit de la présence, soit du consentement tacite du donataire, soit de sa possession des objets, et autres équipollents. Elle n'était pas exigée quand le donateur avait commencé à exécuter l'acte de libéralité. — Les donations faites à l'Église ou pour cause pie étaient validées sans acceptation expresse ou tacite[3]; il en était de même à Bordeaux des donations faites aux mineurs[4]. En Artois, les donations, en général, pouvaient être acceptées par le notaire stipulant pour l'absent[5].

Cependant l'ordonnance de 1539 avait établi la nécessité de l'acceptation[6]; mais les usages contraires avaient prévalu dans plusieurs provinces. Dans les pays où elle était exécutée, on doutait si le donateur avait la liberté de révoquer la donation avant l'acceptation : Dumoulin lui déniait ce droit; d'Aguesseau décida que les donations ne pourraient engager le donateur que du jour de l'acceptation (art. 5).

Fidèle à son système de ne point toucher au fond des choses, d'Aguesseau, en statuant que les femmes mariées ne pouvaient accepter de donation entre-vifs sans l'autorisation de leurs maris ou de la justice, maintint l'indépendance des femmes du Midi, quant aux donations qui leur seraient faites pour leur tenir lieu

[1] Dig., XXXIX, 6 — Loi 42, § 1er, *de mortis causa donat.* : « *Eum autem qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem* « *donare.* » — Furgole, p. 39.

[2] Ordonnance de 1731, du 5e au 14e article.

[3] Furgole, p. 56.

[4] Lapeyrère, lett. D. 11-93.

[5] *Esprit des Ordonn.*, par Sallé, édit. in-12, 1-30.

[6] Art. 132-133 de l'ordonnance de 1539.

de bien paraphernal, et il n'exigea point dans ce cas l'autorisation maritale (art. 9).

3° Le troisième objet de l'ordonnance fut la *tradition* ou le *dessaisissement actuel*[1].

La tradition joue un rôle si important dans le droit civil, que sa marche doit toujours être étudiée avec soin.

Par l'ancien droit romain, la donation entre-vifs, comme la vente, devait être accompagnée ou des formes solennelles de la mancipation ou de la tradition réelle. En effet, dans l'origine de Rome, comme nous l'avons vu, tout le droit civil était concentré dans la cité romaine, et attaché à la qualité de citoyen et à la condition de terre romaine ou d'*ager romanus;* les contrats par eux-mêmes n'étaient rien pour la transmission de la propriété, ils ne créaient qu'une obligation ; la tradition réelle était une nécessité de cette situation sociale. — Elle se maintint pendant plusieurs siècles ; et, par une loi du code de Théodose[2], la tradition était nécessaire quand la donation était en faveur de tout autre que les enfants du donateur[3]. — Mais, la doctrine spiritualiste faisant de nouveaux progrès dans le droit et donnant plus d'importance à la volonté de l'homme, la tradition feinte fut admise, et même la tradition fut supprimée par Justinien[4] : la donation fut valable par simple pacte entre le donateur et le donataire[5]. — Justinien permit, par suite, les donations universelles de biens présents et à venir. Les pays de droit écrit (Toulouse et Bordeaux spécialement) n'adoptèrent cette dernière loi de Justinien qu'avec une restriction, savoir : que le donateur se réserverait quelque portion de ses biens ou droits pour n'être pas privé de la faculté de tester.

« Les plus graves jurisconsultes, dit d'Aguesseau dans sa lettre au parlement de Bordeaux[5], n'ont pas loué le changement que Justinien

[1] Ordonnance du 15e au 18e article.
[2] *Code Théod.*, liv. IV et VII, *de Donat.*
[3] Furgole, *Donat.*, p. 43.
[4] Loi 35, § 5, au *Code de Donat.*
[5] Lettre du 25 juin 1731, p. 314.

avait introduit en cette matière, regardant même les donations de tous biens présents et à venir comme une espèce d'acte de folie, et c'est sans doute ce qui avait fait introduire dans les mœurs (du Midi) le tempérament de la réserve stipulée par la donation, tempérament qui était contraire au dernier droit romain, et qui dans l'effet ne produisait aucune utilité. (Cette réserve se réduisait presque à rien dans l'usage, et ne devait être regardée que comme une vaine formalité qui tombait sur les mots plutôt que sur les choses [1].) »

Voilà pour la marche de la tradition dans le droit romain à l'égard des donations.

Dans les pays de coutume, et dans les temps les plus voisins de la féodalité, tous les droits étaient attachés à la terre; la prédominance de la terre sur l'homme était même le principe social de cette époque; il y avait nécessité qu'une vente, qu'une donation fût accompagnée de tradition; il fallait *détenir réellement* pour qu'il y eût un droit acquis. Dans le droit coutumier primitif, on n'admettait d'autre tradition que la tradition réelle.

« Mais, lors de la réformation des coutumes, ceux qui étaient préposés à cet effet, imbus des maximes du droit romain, dont l'étude commençait pour lors à reprendre vigueur, y ont introduit, à l'instar des lois romaines, la tradition *feinte* par laquelle le donateur se dépouille bien de la propriété, mais ne transfère la *possession* de la chose donnée qu'indirectement et par une voie oblique, en en retenant la jouissance à titre de *précaire*, de *constitut*, d'*usufruit*. Il y en a un exemple dans l'art. 275 de la coutume de Paris, *ajouté lors de la réformation*, qui porte que *ce n'est donner et retenir quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut et de précaire, et vaut telle donation* [2]. »

En pays de coutume, il y avait donc, dans les temps modernes, nécessité de la tradition réelle ou de la tradition feinte, du dessai-

[1] Cette parenthèse est ce que d'Aguesseau dit dans la même lettre, avant le passage cité.

[2] L'*Esprit des Ordonnances*, Sallé, I, p. 61.

sissement actuel. Le vieil adage, *donner et retenir ne vaut*, avait depuis le seizième siècle un sens plus large que dans l'ancien droit coutumier : « Le véritable sens de cette maxime, disait « d'Aguesseau [1], est que le caractère propre et essentiel de la do« nation entre-vifs est de rendre le donataire propriétaire incom« mutable des choses données, quoique la jouissance puisse en de« meurer au donateur. »

De cette règle sur la nécessité de la tradition réelle ou feinte le droit coutumier avait tiré une conséquence contraire au droit de Justinien sur les donations de biens à venir : une personne ne peut se dessaisir de ce qu'elle ne possède point, livrer ce qui ne lui appartient pas ; or des biens à venir n'appartiennent pas au donateur, ils ne peuvent être l'objet de la tradition réelle ou feinte ; donc la donation qui porte sur de tels biens manque du principe essentiel à sa validité, la tradition. Sa nullité était un point de doctrine dans le droit français [2].

Le nouveau législateur des donations avait à choisir entre les deux systèmes romain et français ; il a choisi celui du droit coutumier : adoptant le principe du dessaisissement actuel, et voulant garantir l'irrévocabilité des donations entre-vifs, il a défendu les donations de biens présents et à venir et les donations qui seraient grevées de charges futures et incertaines [3]. A côté de ce principe il a mis celui de l'indivisibilité de l'acte, qui alors devenait nul pour le tout [4].

« Comment, écrivait l'auteur de l'ordonnance, pourrait-on dire « que le donataire devient propriétaire incommutable, et que la « donation ne peut plus être révoquée, lorsqu'on y comprend et « qu'on y suppose ce qui n'existe pas encore, et que l'on rend « ainsi la donation susceptible d'augmentation, ou de diminution

[1] *Lettre*, 25 juin 1731.

[2] *Voir* Ricard, *des Donat.*, t. I, ch. IV, sect. II ; Furgole et Sallé, sur l'article 15 de l'ordonnance.

[3] Ordonnance de 1731, art. 15, 16.

[4] Le *Code civil*, qui a adopté tous ces principes sur le dessaisissement, n'a pas adopté celui de l'indivisibilité. (Art. 943.)

« par le fait du donateur, fait postérieur à la donation ? — Un pa-
« reil acte n'est autre chose, dans le fond, qu'une véritable in-
« stitution d'héritier [1]. »

Aussi l'ordonnance autorise-t-elle cette espèce de donation dans les contrats de mariage, parce que alors elle n'est, « à par-« ler correctement, qu'une véritable institution contractuelle, qui « est regardée comme une des dispositions les plus favorables « dans la plus grande partie des pays qui se régissent soit par le « droit romain, soit par le droit français [2]. »

4° Le quatrième objet de l'ordonnance est de fixer les diversités de jurisprudence sur l'*insinuation* [3].

Quand la tradition réelle était le complément nécessaire de la donation, le fait de possession de la part du donataire était une publication de la donation aux yeux des tiers ; l'enregistrement ou insinuation était inutile. Mais quand la tradition feinte s'introduisit dans les coutumes, les tiers et même les héritiers du sang du donateur eurent besoin d'un fait qui donnât publicité à la donation : de là l'insinuation introduite par l'ordonnance de François Ier, de 1539 [4], confirmée par la déclaration de février 1549 ; de là aussi l'article 58 de l'ordonnance de Moulins, année 1566, qui assujettit à l'insinuation toutes donations entre-vifs, mutuelles, réciproques, onéreuses, en faveur du mariage et autres, de quelque forme et qualité qu'elles fussent [5].

En droit romain, le code de Justinien ayant supprimé la tradition et même admis les donations universelles de biens présents et à venir, il y eut nécessité d'un mode de publicité, et l'insinuation fut exigée pour les donations, en général, qui excédaient la

[1] D'Aguesseau, *Lettre* du 25 juin 1731.

[2] *Lettre*, 19 mai 1731, au parlement de Grenoble, p. 301.

[3] Ordonnance de 1731, du 19e au 33e art.

[4] Ordonnance de 1539, art. 132.

[5] L'édit de juin 1548, et l'ordonnance de 1553, qui s'en étaient occupé, n'eurent jamais d'exécution. Il y eut, depuis l'*Ord.* de Moulins, l'édit de 1612, *Déclar.*, 17 novembre 1690 ; l'édit de 1703 ; les *Décl.* 1704, 1708, 1717, 1719, qui s'occupèrent aussi de l'insinuation.

valeur de cinq cents écus [1]. Mais le droit romain admettait plusieurs exceptions à cette règle et en dispensait notamment les donations faites au prince par les particuliers, celles faites pour la rédemption des captifs, les donations *propter nuptias* en faveur de la femme, la donation pour cause de dot. Les donations faites en ligne directe, par contrat de mariage, étaient sujettes à la formalité, quand elles excédaient la valeur de cinq cents écus.

D'Aguesseau ayant toujours devant les yeux la faveur due au mariage, affranchit de l'insinuation les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe [2]. Ces dispositions ont par elles-mêmes une publicité qui naît du mariage, et puis elles sont plutôt office de piété que donation [3]. — Il a également affranchi de l'insinuation les conventions matrimoniales connues dans certains pays de droit écrit sous les noms d'*augment*, *engagements*, *gains de noces*.

Il a généralisé la peine de nullité attachée au défaut d'insinuation des donations ordinaires; et il a rejeté la jurisprudence du parlement de Bordeaux, de Toulouse et de quelques autres parlements, qui, malgré les anciennes ordonnances, ne permettait pas aux héritiers du donateur d'opposer la nullité. L'ordonnance de 1731 a rendu la nullité absolue et a seulement excepté du droit de s'en prévaloir : 1° le donateur lui-même; 2° le mari, pour les donations faites à sa femme (sauf le cas de donation faite pour tenir lieu de bien paraphernal) ; 3° les tuteurs ou autres administrateurs chargés en leur qualité de faire insinuer, pour les donations faites aux mineurs ou autres personnes placées sous leur autorité [4].

5° Le cinquième objet de l'ordonnance est *le retranchement ou la réduction des donations en faveur de la légitime* [5].

[1] L. 36, § 3, *Cod.*, *de Donat.*
[2] Ordonnance de 1531, art. 19.
[3] Furgole, sur l'art. 19, p. 178.
[4] Ordonnance, art. 27, 30 et 31.
[5] Ordonnance, du 34e au 38e art.

La légitime est une dette de la nature plus privilégiée que tous les contrats de la société civile. — L'ordonnance, en faisant porter la réduction sur les dernières donations pour remonter graduellement aux plus anciennes, en cas de nécessité, a sanctionné une jurisprudence généralement établie, et qui était conforme au droit romain. Mais elle a, contre la jurisprudence de Toulouse[1], enlevé à la dot en argent payée par les père et mère à leur fille l'inviolabilité que cette jurisprudence lui attribuait; et contre la doctrine d'Henrys et de Ricard, elle a soumis au retranchement la dot même de la fille qui, en la recevant, avait renoncé à la succession de ses parents[2], ou qui en était privée par les coutumes[3].

Elle a aussi fixé les incertitudes sur les obligations du donataire de biens présents et à venir par contrat de mariage, quant au payement de la légitime.

D'Aguesseau lui-même explique ainsi la pensée du législateur dans sa lettre, souvent citée par nous, au parlement de Bordeaux.

« Dès que le donataire des biens présents et à venir par contrat de mariage est à la place de l'héritier et successeur à titre universel, c'est une suite de cette qualité qu'il soit tenu des légitimes et autres charges de la succession (art. 36); mais comme la nouvelle ordonnance, conforme en cela aux usages et avis de plusieurs parlements de droit écrit, lui laisse la liberté ou de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps de la donation, s'il prend ce dernier parti, il n'est plus *loco hæredis*, et il rentre dans la condition commune des donations de biens présents. On doit donc en ce cas suivre entièrement l'ordre qui a été prescrit pour les donataires en général, et il serait injuste de favoriser à son préjudice des donataires qui ont un titre postérieur au sien[4]. »

[1] Sallé, p. 166, sur l'art. 35.
[2] Furgole, même article, p. 193.
[3] En Provence et en Normandie, les filles dotées ne succédaient pas.
[4] D'Aguesseau, t. XII, p. 317 (édit. in-8°).

6° Le sixième objet de l'ordonnance est la *révocation pour survenance d'enfants*[1].

L'usage avait établi la révocation pour survenance d'enfants d'après la loi romaine *Si unquam*[2].... loi qui, dans ses termes, ne s'appliquait qu'aux donations faites par le patron à son affranchi. La jurisprudence avait puisé le principe de révocation dans cette loi toute spéciale, et l'avait étendu à la matière générale des donations; mais les interprètes et les parlements avaient un grand nombre de points de dissidence : chaque mot de l'article 39 de l'ordonnance a pour but de terminer une controverse sur une difficulté née à la suite de la loi *Si unquam*.

On prétendait avant l'ordonnance[3], qu'il n'y avait que les donations d'une quotité qui fussent révocables, et l'ordonnance a dit : « De quelque valeur que les donations puissent être. » — On prétendait que les donations faites pour cause pie, ou à titre sacerdotal, ou en faveur de l'église, n'étaient pas sujettes à révocation, et l'ordonnance a dit : « à quelques titres qu'elles aient été faites. » — On prétendait que les donations mutuelles ne pouvaient être révoquées par la survenance d'enfants, que quand il n'y avait pas, dans les donateurs mutuels, égalité de fortune, d'âge, de santé : c'était une source inépuisable de procès; et l'ordonnance a dit qu'elles seraient révoquées « encore qu'elles fussent mutuelles[4]. » — A l'égard des donations rémunératoires, on prétendait qu'il fallait savoir si les services énoncés comme motifs dans la donation avaient été réellement rendus, ou si ce n'était qu'un prétexte; de là discussions et procédures; et l'ordonnance, pour les prévenir, a dit : « encore qu'elles fussent rémunératoires. »

Nous devons ici remarquer que d'Aguesseau, qui connaissait si profondément l'état de la jurisprudence et les doctrines des au-

[1] Ordonnance de 1731, du 39e au 44e article.

[2] L. 8, *Cod.*, *de revocandis Donat.*, lib. VIII, tit. LVI.

[3] *Voir* Furgole et Sallé sur l'art. 39.

[4] C'est-à-dire ayant pour condition la mort ou la vie de ceux qui les ont faites. — Des contrats sans condition de survie constituaient de véritables échanges, et non des donations mutuelles.

teurs, et qui s'occupait des donations mutuelles et rémunératoires, ne parla pas des donations onéreuses, dont le nom se trouve ordinairement à la suite de celles-ci ; il ne voulut pas sans doute les mettre sur la même ligne : en les passant sous silence, il les laissa sous l'empire du droit commun, qui déterminait un contrat par sa nature et non par sa forme ou sa dénomination [1]. Aussi les jurisconsultes qui se sont associés à sa pensée, Furgole et Pothier, dont il appelait le concours pour la préparation de ces réformes, ont-ils professé cette doctrine, que les donations onéreuses, lorsqu'elles constituaient un contrat commutatif, le contrat *do ut des*, n'étaient pas sujettes à la révocation pour survenance d'enfants [2].

D'Aguesseau, adoptant l'avis de Dumoulin et de Coquille [3], contre l'opinion de Ricard et la jurisprudence des parlements de Paris et de Bordeaux [4], a voulu que la révocation eût lieu de plein droit; il n'a pas permis que les donations pussent revivre par la mort de l'enfant du donateur (art. 43). Il a donné à la survenance l'effet d'une révocation absolue. — Il a rejeté l'opinion de Cujas, qui avait enseigné que le donateur pouvait renoncer à l'effet de la loi *Si unquam*, et il a érigé en loi l'opinion contraire de Dumoulin et de Ricard [5].

La révocation a en vue l'intérêt des enfans, et cet intérêt est si

[1] Ricard, p. 3, ch. v, n° 612, dit : « Que la question se résout en deux mots : « Qu'il ne fallait pas considérer la forme du contrat pour juger si c'est une donation ou un contrat d'une autre espèce, mais qu'il fallait s'arrêter à ce qui s'était passé en effet entre les parties. »

[2] Furgole, *sur l'art.* 39, t. V, p. 313, et *Questions sur les Donations*, t. VI, p. 83 ; *Quest.* 11 ; Pothier, *Traité des Donations*, sect. III, § 1. La question est de nature à se présenter sous le Code civil dont l'article 960 reproduit l'art. 39 de l'ordonnance. La cour de Bordeaux, sur ma plaidoirie, par arrêt du 13 avril 1835, a jugé conformément à cette doctrine. — *Voir* Toullier, t. V, n° 185 ; Dalloz, *Anc. Répert.*, t. V, p. 484. — La cour de cassation a confirmé par arrêt du 24 mai 1836. (1836-1-373.)

[3] *Esprit des Ordonnances*, Sallé, p. 203.

[4] Lapeyrère, Décisions du Palais, lett. D, n° 63, art. 44.

[5] Sallé, p. 208.

dominant aux yeux du législateur, que la prescription de trente ans est seule admise contre l'action.

« La prescription en pareil cas, dit d'Aguesseau lui-même (lettre déjà citée), étant contraire au vœu de la nature, et par conséquent odieuse, on a cru qu'elle ne devait commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant; et l'on s'y est porté d'autant plus volontiers qu'on a considéré que tous les enfants étant compris dans le motif d'une loi qui a été introduite en leur faveur, ils avaient tous un égal droit d'en profiter, et que par conséquent c'était du jour que ce droit était ouvert en faveur du dernier que la prescription devait être comptée. »

II. D'Aguesseau, sorti avec succès de son entreprise de réforme sur les donations entre-vifs, poursuivit son œuvre sur la matière des testaments; la tâche fut plus difficile et s'appliqua à des objets plus multipliés; son but fut le même :

« De faire cesser les diversités de jurisprudence, de conserver la pureté des principes et le véritable esprit du droit nouveau, de ménager, autant qu'il était possible, les idées différentes et même contraires des pays qui suivaient les mêmes lois, d'amener toutefois au grand bien de l'unité de la loi et de l'uniformité de jurisprudence, en abrogeant les usages et sacrifiant les opinions particulières de quelques parlements [1]. »

Mais là il se trouva nécessairement en présence de la grande division des pays de droit écrit et des pays de coutume, il ne chercha point à confondre leurs limites et leurs idées; et il ne regardait pas une telle fusion comme possible. Il généralisa donc les règles seulement dans chacune des zones, en respectant leur diversité d'usage et leur indépendance respective.

« L'opposition qui règne, dit le préambule, entre l'esprit du droit romain, toujours favorable à la liberté indéfinie des testateurs, et celui du droit français qui semble n'avoir travaillé qu'à restreindre

[1] C'est ce qu'il dit *passim* dans ses lettres des 7 avril et 14 juillet 1736 au parlement de Bordeaux.

et à limiter leur pouvoir, peut être regardée, à la vérité, comme la première origine d'une variété de jurisprudence qui se fait sentir dans cette matière encore plus que dans aucune autre ; mais la principale cause d'une si grande diversité a été l'incertitude que les sentiments des interprètes, souvent contraires les uns aux autres et quelquefois aux lois mêmes qu'ils expliquent, semblent avoir répandue dans les jugements. Ce n'est pas seulement sur des questions peu intéressantes que les esprits se sont partagés, c'est sur les points même les plus essentiels de la jurisprudence, pour assurer la validité et l'effet des dernières volontés : telles sont la solennité ou la forme extérieure des dispositions testamentaires, l'institution d'héritier, le vice de la prétérition des enfants du testateur, la manière de laisser ou de fixer la légitime, les différentes détractions soit de cette portion sacrée, dont le privilége est fondé sur la loi naturelle, soit de celles que des lois positives accordent aux héritiers institués, sous le nom de *quarte falcidie* [1] et de *quarte trébellianique* [2] ; le droit d'élection donné par le testateur à son héritier ; enfin l'exécution et l'effet des dispositions que le domicile du testateur, le lieu où le testament a été fait, et la situation des biens, semblent assujettir à des lois différentes ou même contraires. C'est sur des matières aussi importantes que nous jugeons à propos de rendre la jurisprudence entièrement uniforme dans tous les tribunaux de notre royaume ; notre intention n'est point de faire, dans cette vue, un changement réel aux dispositions des lois qu'ils ont observées jusqu'à présent : nous voulons au contraire en affermir l'autorité par des règles tirées de ces lois mêmes, et expliquées d'une manière si précise que l'incertitude ou la variété des maximes ne soit plus désormais une matière toujours nouvelle d'inquiétude pour les testateurs, de doutes pour les juges, et de procès ruineux pour ceux même qui les gagnent... Dans le choix que nous étions obligés de faire, nous avons toujours préféré la règle la plus conforme à cette simplicité qui a été appelée l'amie des lois... »

L'ordonnance se propose quatre objets principaux : 1° les formalités dont les testaments doivent être revêtus ; 2° les qualités nécessaires aux témoins testamentaires ; 3° l'institution d'héritier

[1] Prélèvements du quart sur les legs.
[2] Prélèvements du quart sur les fidéicommis.

et les droits de l'héritier institué; 4° l'effet des institutions et testaments selon la situation des biens.

Les pays de droit écrit sont, pour ainsi dire, la patrie des testaments; là se trouvent la solennité de l'acte, la nécessité de l'institution, le pouvoir presque absolu du testateur. Les lois romaines avaient été la source de questions multipliées, sur lesquelles la jurisprudence et la science des jurisconsultes s'étaient partagées depuis plusieurs siècles; aussi l'ordonnance, qui avait pour objet de résoudre les nombreuses difficultés nées des formes testamentaires et de l'institution d'héritier, paraît-elle faite principalement dans l'intérêt des pays de droit écrit. Quant aux pays coutumiers, où le testament n'avait ni la même solennité, ni les mêmes effets, où la loi s'occupait avant tout de la transmission héréditaire des biens d'une génération à l'autre, l'ordonnance n'eut à produire qu'un petit nombre de dispositions. La ligne de démarcation fut respectée: aux provinces méridionales s'appliquaient le testament nuncupatif, avec ses sept témoins y compris le notaire; le testament mystique; le testament du père de famille en faveur des enfants et descendants; — aux provinces du nord, le testament olographe et le testament authentique reçu par deux notaires simplement, ou par un notaire et deux témoins; le testament reçu par les curés, par des officiers de justice, et même par des officiers municipaux, usages qui s'étaient maintenus dans les coutumes peu soigneuses de la solennité testamentaire[1].

En pays coutumier, il y avait presque autant de différences que de coutumes sur la qualité et la quotité des biens dont il était permis de disposer par testament. Là se trouvaient les distinctions de propres et d'acquêts, les différentes quotités disponibles du quint, du quart, du tiers des propres: mais d'Aguesseau, qui en présence du droit écrit n'avait osé simplifier les formes des testaments, n'osa, en présence de la variété des coutumes, généraliser les règles sur la qualité et la quotité des biens disponibles. Il fut

[1] Ordonnance de 1735, art. 22, 23, 24, 25.

grand jurisconsulte dans l'adoption des solutions qui devaient fermer aux parlements la carrière de la controverse sur des questions de droit romain longuement débattues. Il prononça avec une admirable justesse dans ce conflit d'opinions et d'autorités; mais sur la terre du midi il respecta trop peut-être la tradition de l'ancien droit civil de Rome, qui s'était maintenue dans les testaments après la révolution de l'école stoïcienne, et dans la terre du nord, il respecta trop aussi les branches multiples du droit féodal et coutumier.

Telle est du moins la réflexion qui frappe l'esprit en présence de l'ordonnance d'août 1735; il semble que dès lors la main du réformateur aurait dû être plus hardie.

III. Douze ans s'écoulèrent avant qu'il achevât l'exécution de son plan sur les dispositions des biens à titre gratuit; le grand sujet des substitutions occupa longtemps sa pensée; il dit lui-même que l'ordonnance d'août 1747 est le fruit d'un grand travail et d'une longue méditation[1]. En face d'une société nouvelle ou renouvelée par une révolution profonde, il aurait sans doute, comme législateur, prononcé l'abolition des substitutions, car on trouve dans une lettre au premier président du parlement d'Aix ces mots remarquables[2] :

« L'abrogation entière de tout fidéicommis serait peut-être, comme vous le pensez, la *meilleure de toutes les lois,* et il pourrait y avoir des voies plus simples pour conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en soutenir l'éclat; mais j'ai peur que pour y parvenir, surtout dans les pays de droit écrit, il ne fallût commencer par réformer les têtes, et ce serait l'entreprise *d'une tête* qui aurait elle-même besoin de réforme. C'est en vérité un grand malheur qu'il ait fallu que la vanité des hommes dominât sur les lois mêmes. Mais je n'ai pas le temps de me livrer à toutes ces réflexions, sauf à y revenir dans la suite, pour se rapprocher au moins autant qu'il sera possible de la droite raison. »

[1] *Lettre,* 24 mai 1748.
[2] *Lettre,* 24 juin 1730, t. XII, p. 579.

C'était donc pour payer tribut aux *nécessités* de l'époque que d'Aguesseau maintenait les substitutions fidéicommissaires ; mais il les maintint avec cette pensée de les restreindre plutôt que d'en faciliter le cours ; aussi créa-t-il une formalité nouvelle, inconnue sous l'ordonnance de Moulins. Après avoir exigé, avec celle-ci et la déclaration de 1712, la publication et l'enregistrement des substitutions [1], il voulut que les héritiers ou les légataires grevés de substitution fussent obligés de rapporter une *ordonnance de mise en possession*. — Ils ne pouvaient se mettre légalement en possession qu'en vertu d'une ordonnance du premier officier des siéges royaux ; cette ordonnance était rendue sur les conclusions du procureur du roi, et ne pouvait l'être qu'à la vue de l'acte de publication et d'enregistrement de la substitution. — Il en devait rester minute au greffe : la privation des revenus et même la nullité de la disposition entière étaient les peines attachées au défaut d'accomplissement de cette formalité nouvelle [2].

Cette garantie en faveur de la société contre les substitutions fut la création de d'Aguesseau dans l'ordonnance de 1747 ; il explique ainsi sa pensée dans la lettre du 24 mai 1748 : « J'ai re-« marqué surtout que, malgré toutes les lois qui ont établi ou « renouvelé l'obligation de faire publier les substitutions fidéi-« commissaires, il arrivait très-souvent qu'on négligeait de satis-« faire à cette obligation, et c'est ce qui m'a donné lieu de penser « qu'il était absolument nécessaire de remanier entièrement une « matière si intéressante pour la sûreté du commerce et pour le « repos des familles, en ajoutant aux lois précédentes des précau-« tions nouvelles et véritablement suffisantes pour en assurer « l'exécution ; pour prévenir les suites fâcheuses de la négligence « ou de la mauvaise foi des héritiers ou légataires grevés de sub-« stitutions [3]. » Sous les autres rapports, l'ordonnance fut encore

[1] Ordonnance d'août 1747, art. 27 et suiv., tit. II.
[2] Art. 35, 37, 39, 40.
[3] *Lettre*, 3 août 1748, t. XII ; 584-589.

la solution précise et lumineuse des difficultés et des contradictions dont les auteurs et les arrêts avaient surchargé la matière des substitutions fidéicommissaires.

Mais la ligne de démarcation qui existait entre les pays de droit écrit et les coutumes, quant aux testaments, n'existait pas à l'égard des substitutions[1]; celles-ci s'alliaient trop bien avec l'esprit général des coutumes et de l'aristocratie féodale, pour qu'elles ne se fussent pas incorporées aux usages des provinces du nord. Quelques coutumes seulement n'admettaient pas les substitutions par testaments, comme celles de Nivernais, d'Auvergne, de Normandie[2]. Mais, dans ces coutumes, les substitutions contractuelles, par dispositions entre-vifs et surtout par contrat de mariage, étaient approuvées et validées[3]. — L'ordonnance se garda bien au surplus de les étendre et de les généraliser ; elle ne fut faite que pour les pays où les substitutions fidéicommissaires étaient en usage (art. 1er). D'Aguesseau, n'étant pas à chaque instant arrêté par les diversités du nord et du midi, put dans cette ordonnance, comme dans celle des donations, entourer de règles uniformes la matière des substitutions.

C'est lui seul qui maintenant va nous dire toute sa pensée :

« Dans la résolution que nous avons prise de faire cesser l'incertitude et la diversité des jugements qui se rendent dans les différents tribunaux de notre royaume, quoique sur le fondement des mêmes lois, la matière des donations entre-vifs et celle des testaments nous ont paru par leur importance devoir être les premiers objets de notre attention... Nous nous sommes proposé ensuite d'établir la même uniformité de jurisprudence à l'égard des substitutions fidéicommissaires, qui peuvent se faire également par l'un et par l'autre genre de disposition ; mais la matière des fidéicommis, fort simple dans son

[1] Les substitutions *pupillaire et exemplaire* par lesquelles les pères nommaient des héritiers à leurs enfants mineurs ou privés de raison, tenant à l'*institution* d'héritiers, étaient inconnues en pays coutumier.

[2] Niv., ch. 13; Auv., tit. 12-53; Norm., 255 : on cite encore celles de la Marche, du Bourbonnais, de Montargis, de Sedan.

[3] Brodeau, *sur Louet*, lett. S. som. 9, n° 1, et Sallé, 2-16.

origine, est devenue beaucoup plus composée depuis que l'on a commencé à étendre les substitutions non-seulement à plusieurs personnes appelées les unes après les autres, mais à plusieurs degrés ou à une longue suite de générations. Il s'est formé par là comme un nouveau genre de succession où la volonté de l'homme prenant la place de la loi, a donné lieu d'établir un nouvel ordre de jurisprudence, qui a été reçu d'autant plus favorablement qu'on l'a regardé comme tendant à la conservation du patrimoine des familles, et à donner aux maisons les plus illustres le moyen d'en soutenir l'éclat. Mais le grand nombre des difficultés qui se sont élevées, soit sur l'interprétation de la volonté souvent équivoque du donateur ou du testateur, soit sur la composition de son patrimoine et sur les différentes détractions dont les fidéicommis sont susceptibles, soit au sujet du recours subsidiaire des femmes sur les biens grevés de substitution, a fait naître une infinité de procès qu'on a vus même se renouveler plusieurs fois à chaque ouverture du fidéicommis, en sorte que, par un événement contraire aux vues de l'auteur de la substitution, il est arrivé que ce qu'il avait ordonné pour l'avantage de sa famille en a causé quelquefois la ruine. D'un autre côté, la nécessité d'assurer et de favoriser la liberté du commerce ayant exigé de la sagesse de la loi qu'elle établît des formalités nécessaires pour rendre les substitutions publiques, la négligence de ceux qui étaient obligés de remplir ces formalités est devenue une nouvelle source de contestations, où les suffrages des juges ont été suspendus entre la faveur d'un créancier ou d'un acquéreur de bonne foi, et celle d'un substitué qui ne devait pas être privé des biens substitués par la faute de celui qui était chargé de les lui remettre. C'est par toutes ces considérations qu'après avoir pris les avis des principaux magistrats des parlements et conseils supérieurs du royaume, qui nous ont rendu un compte exact de leurs jurisprudences différentes, nous avons cru que les deux principaux objets de la matière des fidéicommis demandaient que nous partageassions cette loi en deux titres. Le premier comprendra tout ce qui concerne les substitutions fidéicommissaires, considérées en elles-mêmes, et les droits qui peuvent être exercés sur les biens substitués. Le second regardera les obligations imposées à ceux qui sont grevés de substitutions, soit pour leur donner le caractère de publicité qui leur est nécessaire, soit pour assurer la consistance et l'emploi des effets qui en font partie, soit pour l'expédition et le jugement des contestations qui s'élèvent dans une matière aussi importante. Loin

de vouloir donner la moindre atteinte à la liberté de faire des substitutions, nous ne nous sommes proposé que de la rendre plus utile aux familles ; et notre application à prévenir toutes les interprétations arbitraires par des règles fixes et uniformes ne servira qu'à faire respecter encore plus la volonté des donateurs et des testateurs, en les obligeant seulement à l'expliquer d'une manière plus expresse. »

L'illustre chancelier qui avait parcouru le cercle des dispositions à titre gratuit, par actes entre-vifs et testamentaires, pour en régler les formes, les conditions, les divers effets, avait porté ses vues aussi sur les personnes des donateurs et donataires, sur les capacités et incapacités de donner et de recevoir, soit par acte entre-vifs, soit par testament; il avait envoyé cinquante-deux questions à cet égard aux divers parlements, et l'on voit par elles que la pensée de l'unité voulait attaquer avec plus de hardiesse certaines dispositions des coutumes.

« Convient-il d'établir une règle uniforme *dans toutes les coutumes* où l'on a prévu le cas des malades qui font des donations entre-vifs pendant le cours de leur dernière maladie? Serait-il à propos d'étendre la décision *à toutes les coutumes*, même à celles qui n'en parlent pas ?

« Une grande partie des coutumes du royaume ayant établi l'incompatibilité de la qualité d'héritier avec celle de donataire ou de légataire, serait-il à propos de restreindre cette incompatibilité, tant en directe qu'en collatérale, aux seules qualités d'héritier et de légataire, en la faisant cesser entre celles d'héritier et de donataire entre-vifs? Y aurait-il lieu de faire, dans cette matière, une distinction entre les *différentes natures de biens*, en restreignant l'effet de l'incompatibilité aux *seuls propres*, en la faisant cesser par rapport aux *meubles et acquêts*[1]? »

« Comme dans l'examen de ces questions (disait d'Aguesseau dans sa lettre d'envoi du 28 octobre 1736), l'on doit envisager ce qui convient au bien commun de la société, encore plus que les principes du droit romain ou ceux du droit coutumier qui sont beaucoup moins opposés dans cette matière que dans d'autres, vous trouverez dans

[1] 46e, 47e, 48e, 49e *Questions*, t. XIII, p. 464.

ce que je vous envoie qu'on a cru devoir s'y élever *par des vues supérieures* jusqu'à mettre en question, *sur deux ou trois points*, s'il ne serait pas à propos de *déroger à certaines dispositions ou des lois romaines ou des coutumes*, pour tendre plus directement au bien public, sur des questions qui n'intéressent point le *système général des unes ou des autres lois*. »

Mais en vain d'Aguesseau voulait rassurer les susceptibilités parlementaires en avertissant les magistrats que les questions proposées n'intéressaient pas le système général des lois romaines ou des coutumes, les parlements se tinrent sur la défensive; ils n'envoyèrent que lentement, après trois, quatre et six années, malgré les plaintes de d'Aguesseau, la réponse aux questions posées en 1736[1]; et l'ordonnance sur les capacités et incapacités de recevoir, qui devait être préparée par leurs discussions, ne fut point rendue.

La pensée de l'unité qui avait fléchi devant les obstacles de la société civile du dix-huitième siècle reprenait tous ses droits et toute son action dans les ordonnances de d'Aguesseau, qui avaient pour objet de régler la forme des actes ou des procédures.

Une déclaration du 5 février 1731 limita généralement la juridiction des prévôts et des présidiaux.

Les déclarations des 9 août 1736 et 17 août 1737, sur les formalités des registres de l'état civil, en améliorant les dispositions de l'ordonnance de 1667[2], eurent pour objet « d'établir un « ordre certain et uniforme dans cette matière à laquelle la so- « ciété civile a un si grand intérêt[3],.... d'assurer l'état des « hommes et la fortune des familles[4]. »

L'ordonnance de juillet 1737, sur la procédure difficile en

[1] Envoi des réponses en 1739-1740-1742 (*voir* les lettres de d'Aguesseau qui s'en plaint, XIII, p. 474-475).
[2] Ord. de 1667, tit. xx, art. 18.
[3] Termes de l'édit de 1736.
[4] Termes de l'édit de 1737.

matière de faux, fut faite en présence « des différents usages des « parlements pour parvenir à cette uniformité particulière qui « n'est pas moins désirable, et qu'il est encore plus facile d'ob- « tenir dans la forme de la procédure que dans le fond des ju- « gements. »

L'ordonnance des évocations et règlements de juge du mois d'août 1737 restreignit l'arbitraire en matière civile et criminelle, régla les conflits de juridiction, et rendit la justice moins inaccessible aux citoyens pauvres.

Enfin le règlement du Conseil de 1738, sur lequel repose encore en grande partie la procédure du Conseil d'État et de la cour de cassation, fixa généralement et simplement la procédure à suivre devant le Conseil du roi pour obtenir la cassation des arrêts des parlements et autres cours supérieures.

Cependant, quand d'Aguesseau pouvait mettre l'uniformité dans le fond des choses, quand il ne rencontrait pas devant lui la jurisprudence diverse des douze parlements, et les vieilles souches soit du droit féodal et coutumier, soit du droit romain, il s'empressait de généraliser l'application d'un principe salutaire à la société civile.

Dès le mois d'août 1729, il fit rendre un édit pour abolir celui de Saint-Maur, de 1567, qui privait les mères du droit de succéder à leurs enfants ; il rétablit les règles du droit romain, qui était en vigueur en France avant l'édit de Charles IX, et qui avait été vaincu alors par l'esprit féodal. « L'édit de Saint-Maur, dit-il, « nuit à cette parfaite uniformité de jurisprudence qui est aussi « honorable au législateur qu'avantageuse à ses sujets, et que « nous nous proposons de rétablir dans d'autres matières, comme « nous le faisons aujourd'hui pour ce qui regarde la succession « des mères. » — Cet édit de 1729 était celui par lequel il commençait ses réformes.

Il porta ses méditations sur les tutelles : mais les coutumes et le droit écrit étaient profondément séparés quant à la puissance

paternelle et au droit des tuteurs. Le droit écrit avait conservé l'autorité romaine du père de famille, lequel tenait sous sa dépendance les personnes et les biens de ses enfants. Les coutumes, rédigées au seizième siècle, ne connaissaient pas cette autorité absolue ; les ordonnances du dix-septième l'avaient généralisée seulement à l'égard du mariage et du droit d'exhédération. La garde noble et la garde bourgeoise, qui regardaient l'administration de la personne et des biens des enfants nobles et roturiers privés de leur père ou mère, étaient des institutions nées de la féodalité. D'Aguesseau, qui craignait de toucher au fond des habitudes sociales de son temps, ne fit pas un édit général sur les tutelles, mais seulement un édit particulier pour la Bretagne [1].

Deux fois il s'occupa, comme législateur, des besoins du clergé ou de son influence sur la propriété ; et les deux édits qu'il publia sur cette matière ne sont pas ses moindres titres de gloire.

Par la déclaration du 15 janvier 1731 sur les curés primitifs et les vicaires perpétuels, il assura la subsistance à cette classe d'ecclésiastiques qui formait dans le dix-huitième siècle la partie plébéienne du clergé, sympathique aux progrès, aux idées, aux vœux des classes bourgeoises et populaires. La noblesse avait envahi le haut clergé, les riches bénéfices ; les gros décimateurs laissaient à peine de quoi subsister aux prêtres des campagnes, aux pasteurs du peuple : d'Aguesseau vint au secours des hommes vraiment évangéliques.

Son édit de 1749, sur les établissements et les acquisitions des gens de mainmorte, fut un acte d'une plus haute portée ; l'unité de son application à toute la France en fit un monument de progrès social. Dans ce monument, autant de droit public que de droit privé, d'Aguesseau rétablit courageusement les droits de la société générale et ceux des familles contre les faiblesses des tes-

[1] Édit de décembre 1732.

lateurs et contre la puissance des corporations ecclésiastiques qui tendaient à envahir la plus grande partie du territoire.

L'édit de 1749 fut le dernier qui sortit des mains de d'Aguesseau, vieux de services et de gloire ; il fermait dignement la carrière de l'illustre chancelier, comme ces tombeaux romains élevés sur la limite du champ paternel.

La carrière du réformateur avait été ouverte trop tard à cette science vaste et profonde.

Législateur d'une époque transitoire mais dont le dénoûment, un jour nécessaire, n'était pas encore pressenti, d'Aguesseau, si le temps n'avait pas manqué à son œuvre, eût revu successivement dans son ensemble la législation civile et judiciaire de la France. Il nous a tracé, dans le mémoire rédigé pendant son exil, le plan complet des réformes qu'il jugeait possibles ; dans son travail législatif il s'est conformé à la marche indiquée par son mémoire, et l'on voit, soit dans celui-ci, soit dans ses ordonnances, que pour lui l'obstacle immense, infranchissable, à une réforme radicale et complète, était dans les diversités des coutumes, dans les institutions qui formaient la féodalité civile, et dans l'espèce de féodalité administrative qui naissait de la vénalité et de l'hérédité des offices.

D'Aguesseau eût achevé l'exécution de ce plan commencé avec tant de succès et d'éclat, qu'il n'aurait pu arracher de la terre et des institutions les racines de la propriété et de la société féodales. Ainsi, malgré les bienfaits d'une réforme si précieuse et si savante, mais non applicable au fond même de la société, la révolution sociale qui devait détruire complétement le droit de la force, qui devait mettre dans la distinction fondamentale des personnes et des propriétés et généralement dans les lois civiles l'esprit du christianisme et du droit romain, n'en aurait pas moins conservé, dans la marche de la civilisation et les décrets de la Providence, sa nécessité morale.

Nº VII. — Réformes tentées par Turgot et Necker.

Cette réforme fondamentale, que, dans le silence de la solitude comme dans les régions du pouvoir, d'Aguesseau n'avait pas jugée possible en France, moins de cinquante ans plus tard un autre voulut l'entreprendre. Un homme qui avait dans les vues toute l'étendue, et dans le caractère toute la hardiesse nécessaire, Turgot, voulut attaquer dans ses bases le droit civil de la féodalité. A peine au pouvoir, il commença la guerre des édits contre les usages et les institutions du passé; et il fit publier en 1776 un écrit contre les *inconvénients des droits féodaux* [1]. L'arrêt du parlement qui condamna l'ouvrage à être lacéré et brûlé par l'exécuteur de la haute justice, et les flammes de la cour du Palais, au pied du grand escalier, révélèrent hautement la pensée parlementaire : l'aristocratie de la noblesse et celle de la magistrature héréditaire faisant alliance contre la réforme, le réformateur vit ses projets et son courage se briser contre la féodalité civile et administrative.

Tout ce que le génie de la civilisation put faire un peu plus tard, sous le patronage bienveillant mais timide de Louis XVI et de Necker, ce fut de rompre quelques uns des derniers liens qui, au dix-huitième siècle, attachaient encore des serfs à la glèbe. C'est Voltaire, qui en 1778, l'année de son triomphe et de sa mort, l'année où il bénit le fils de Franklin « au nom de Dieu et de la Liberté, » plaida éloquemment la cause des serfs du Mont-Jura et de la fameuse abbaye de Saint-Claude. C'est lui qui provoqua l'édit d'août 1779 : cet édit, en affranchissant les mainmortables des domaines du roi, en abolissant partout le *droit de suite* [2], témoigne de tout l'empire que la féodalité conservait, dans l'ordre de la société civile, sur l'état des personnes et des propriétés.

[1] L'ouvrage est de Boncerf, qui était employé dans les bureaux du ministre. Il est mentionné avec grand éloge dans la *Gazette des Tribunaux* de 1776.

[2] Droit des seigneurs de reprendre les *biens* des serfs ou mainmortables qui avaient vécu loin de leurs domaines, et en quelque lieu qu'ils fussent.

« Constamment occupé, dit Louis XVI, de tout ce qui peut intéresser le bonheur de nos peuples, et mettant notre principale gloire à commander à une nation libre et généreuse, nous n'avons pu voir sans peine les restes de servitude qui subsistent dans plusieurs de nos provinces; nous avons été affecté en considérant qu'un grand nombre de nos sujets, servilement encore attachés à la glèbe, sont regardés *comme en faisant partie*, et confondus pour ainsi dire avec elle; que, privés de la liberté de leurs personnes et des prérogatives de la propriété, ils sont mis eux-mêmes au nombre des *possessions féodales;* qu'ils n'ont pas la consolation de disposer de leurs biens après eux, et qu'excepté dans cestains cas, rigidement circonscrits, ils ne peuvent pas même transmettre à leurs propres enfans le fruit de leurs travaux; que des dispositions pareilles ne sont propres qu'à rendre l'industrie languissante et à priver la société des effets de cette énergie dans le travail que le sentiment de la propriété la plus libre est seul capable d'inspirer.

« Justement touché de ces considérations, nous aurions voulu abolir, sans distinction, ces vestiges d'une féodalité rigoureuse; mais nos finances ne nous permettent pas de racheter ce droit des mains des seigneurs, et retenu par les égards que nous aurons dans tous les temps pour les lois de la propriété, que nous considérons comme le plus sûr fondement de l'ordre et de la justice, nous avons vu avec satisfaction qu'en respectant ces principes, nous pourrions cependant effectuer une partie du bien que nous aurions en vue, en abolissant le droit de servitude, non-seulement dans tous les domaines en nos mains, mais encore dans tous ceux engagés par nous et les rois nos prédécesseurs; autorisant à cet effet les engagistes qui se croiraient lésés par cette disposition à nous remettre les domaines dont ils jouissent, et à réclamer de nous les finances fournies par eux ou leurs auteurs. Nous voulons de plus qu'en cas d'acquisition ou de réunion à notre couronne, l'instant de notre entrée en possession dans une nouvelle terre ou seigneurie soit l'époque de la liberté de tous les serfs ou mainmortables qui en relèvent; et pour encourager, en ce qui dépend de nous, les seigneurs de fiefs et les communautés à suivre notre exemple, et considérant bien moins ces affranchissements comme une aliénation que comme un retour au droit naturel, nous avons exempté ces sortes d'actes des formalités et des taxes auxquelles l'antique sévérité des maximes féodales les avait assujettis. Enfin, si les

principes que nous avons développés nous empêchent d'abolir sans distinction le droit de servitude, nous avons cru cependant qu'il était un excès dans l'exercice de ce droit que nous ne pouvions différer d'arrêter et de prévenir; nous voulons parler du *droit de suite* sur les serfs et mainmortables, droit en vertu duquel des seigneurs de fief ont quelquefois poursuivi dans les terres franches de notre royaume, et jusque dans notre capitale, les biens et les acquêts de citoyens éloignés depuis un grand nombre d'années du lieu de leur glèbe et de leur servitude; droit excessif que les tribunaux ont hésité d'accueillir, et que les principes de justice sociale ne nous permettent plus de laisser subsister. — Enfin, nous verrons avec satisfaction que notre exemple et cet amour de l'humanité si particulier, à la nation française, amènent sous notre règne l'abolition générale des droits de mainmorte et de servitude, et que nous serions ainsi témoin de l'entier affranchissement de nos sujets, qui, dans quelque état que la Providence les ait fait naître, occupent notre sollicitude et ont des droits égaux à notre protection et à notre bienfaisance; à ces causes... Nous éteignons et abolissons dans toutes les terres et seigneuries de *notre domaine* la mainmorte et condition servile, ensemble tous les droits qui en sont des suites et des dépendances; voulons qu'à compter du jour de la publication des présentes, ceux qui, dans l'étendue desdites terres et seigneuries, sont assujettis à cette condition sous le nom d'hommes de corps, de serfs, de mainmortables, de mortaillables, de taillables, ou sous telle autre dénomination que ce puisse être, en soient pleinement et irrévocablement affranchis; et qu'à l'égard de la liberté de leurs personnes, de la faculté de se marier et de changer de domicile, de la propriété de leurs biens, du pouvoir de les aliéner ou hypothéquer, et d'en disposer entre-vifs et par testament, de la transmission desdits biens à leurs enfants ou autres héritiers, soit qu'ils vivent en commun avec eux, ou qu'ils en soient séparés, et généralement en toutes choses sans aucune exception ni réserve, ils jouissent des mêmes droits, facultés et prérogatives qui, suivant les lois et coutumes, appartiennent aux personnes franches, notre intention étant que, dans toutes lesdites terres et seigneuries, il n'y ait plus désormais que des *personnes* et des *biens* de condition franche, et qu'il n'y subsiste aucun vestige de la condition servile ou mainmortable[1]. » (Art. 1er.)

[1] Les cinq autres articles ne sont que la réalisation des divers points énoncés au préambule.

Louis XVI fit pour l'abolition de la servitude personnelle ce que saint Louis, dont il avait la piété mais non le caractère, avait fait pour l'abolition du combat judiciaire ; il statua pour ses domaines, il voulut agir par la force morale de l'exemple. Mais, chose affligeante ! l'exemple donné en 1779 contre une tradition vieillie, et modifiée même par la féodalité absolue, éveilla moins de sympathie dans les propriétaires de ce siècle éclairé que n'en avait trouvé dans les barons du moyen âge l'exemple donné par saint Louis contre un usage alors général et plein de vie. L'appel fait à l'amour de l'humanité par une ordonnance, où l'esprit vigoureux de Turgot se montrait affaibli par les ménagements de Necker, ne fut point entendu de la féodalité civile du dix-huitième siècle; et sur ces terres livrées en grande partie aux seigneurs, aux communautés, aux bénéficiers et aux décimateurs, se courbait encore, en plusieurs lieux, le front avili du serf du moyen âge, quand la Révolution de 1789 fit aux droits de l'humanité un appel plus retentissant que l'édit timidement progressif de 1779.

Au surplus, abolir la servitude personnelle et réelle, même généralement, c'eût été achever la première transformation de la propriété féodale; c'eût été accomplir le premier mouvement commencé depuis le douzième siècle et en pleine féodalité, lequel fit passer les hommes de l'état de serfs à l'état de censitaires; les terres, de l'état d'héritages serviles à l'état de censives ou biens roturiers : c'était briser gratuitement le dernier anneau de la chaîne dont les barons du moyen âge avaient volontairement et pour un prix convenu brisé la plus grande partie. Mais ce n'était toucher en rien à la seconde transformation de la propriété féodale, à la seconde et vivante époque de la féodalité, au droit civil sorti de cette époque, droit civil qui avait, dans les 490 coutumes de la France [1], sa distinction

[1] Le nombre des coutumes, y compris les coutumes locales et celles de la Flandre impériale, monte à 490, suivant les textes rapportés par Richebourg dans son *Coutumier général*, 4 vol. in-folio. Le recueil est bien riche et cependant incomplet.

fondamentale et corrélative des personnes et des propriétés, et à la suite de cette distinction un ensemble infiniment varié de dispositions oppressives, de charges et d'institutions accessoires.

Louis XVI voulut achever dans la société la révolution commencée par Louis le Gros, généreusement activée par Philippe-Auguste et saint Louis, à l'égard de l'affranchissement des serfs; de même il voulut, à l'égard des protestants, et dans son édit de novembre 1787 sur leur état civil, renouveler l'émancipation garantie par Henri IV et Richelieu, combattue et enchaînée par Louis XIV et Louis XV; il abolit la *Question préparatoire;* il convertit en argent la *Corvée* pour les grandes routes[1] : honneur à sa mémoire! — Mais le vœu d'une attaque profonde contre la société civile de la féodalité, telle qu'elle s'était développée après le grand affranchissement des serfs, le dessein d'une rénovation générale qui changerait la classification des personnes et des choses et la nature des droits fondés sur les coutumes, n'étaient dans l'esprit ni de Louis XVI ni de ses conseillers. — « Nous sommes bien éloignés (disent-ils en 1780) « de nous déterminer trop facilement à abolir les lois qui sont « anciennes et autorisées par un long usage; il est de notre sa- « gesse de ne point ouvrir des facilités pour introduire en toutes « choses un droit nouveau qui ébranlerait les principes et pour- « rait conduire par degrés à des innovations dangereuses..... »

La pensée d'une révolution sociale était trop forte pour un homme; elle ne pouvait être portée dans toute sa hauteur que par une nation. Turgot, assez grand pour la concevoir, avait succombé dans l'exécution; il lui fallait l'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE ET MIRABEAU!

Cette pensée de révolution sociale, qu'était-ce dans l'ordre civil? — L'application à la société des principes du christianisme

[1] Déclaration du 24 août 1780 sur l'abolition de la *question préparatoire*. — Décl. du 27 juin 1787 sur la conversion en argent de la corvée pour les grandes routes.

et du droit romain sur l'égalité de la condition humaine, sur la nature du droit de propriété, sur l'égalité dans les droits de famille, sur la liberté rationnelle de l'homme dans les conventions et les dipositions de dernière volonté.

Qu'était-ce dans l'ordre politique? — Le droit des citoyens reconnu, garanti par une coinstitution nationale; l'intervention active et libre de la société dans la direction de ses propres destinées.

Mais avant de contempler son avénement dans les lois, il faut jeter un coup d'œil rapide sur les phases que l'IDÉE JURIDIQUE ET CIVILISATRICE a suivies dans l'ordre scientifique en dehors de la législation ou des actes du pouvoir; car c'est en traversant des écoles successives, conditions de son développement, que l'IDÉE se formule avec puissance et acquiert un jour, en présence de la société, une force irrésistible.

FIN DU CINQUIÈME LIVRE ET DES ORDONNANCES.

LIVRE SIXIÈME

ÉCOLES JURIDIQUES

ORDRE PROGRESSIF ET CLASSIFICATION DES ÉCOLES SCIENTIFIQUES DU DROIT ROMAIN ET DU DROIT FRANÇAIS JUSQU'EN 1789.

La division et l'ordre successif des écoles du Droit romain et du Droit français représentent dans l'histoire de notre jurisprudence la grande idée du droit romain, la formation du droit coutumier, leur développement scientifique, et l'influence progressive de la philosophie chrétienne sur la société moderne.

SECTION PREMIÈRE

École des glossateurs.

Il a fallu d'abord colliger, étudier la lettre des lois romaines, comprendre les textes dans leur sens grammatical et les propager. L'école des Glossateurs a eu pour objet si difficile cette intelligence première et cette propagation ; elle a pris naissance au commencement du douzième siècle dans l'Italie centrale, à Bologne : Irnérius en fut le fondateur ; il enseigna aussi dans la ville

de Rome[1]. Le premier, il rassembla tous les livres du Code; il mit les ouvrages de Justinien, le *Corpus juris*, dans l'ordre qu'ils ont conservé; il les accompagna de notes, qui furent comme le germe des gloses innombrables dont le texte fut depuis surchargé. Il inséra dans le Code et les Institutes le résumé des *Novelles*, sous le nom d'*Authentiques*. Il fut proclamé le père de la science et la lumière du droit[2]. Les disciples d'Irnérius se sont distribué l'Europe et se sont répandus dans les diverses nations, apôtres zélés des textes retrouvés dans Amalfi, conservés religieusement à Pise, plus tard à Florence, et célèbres sous les dénominations successives de l'*Exemplaire de Pise* (*Littera Pisana*) et des *Florentines*. En France, cette sorte d'apostolat du droit romain fut exercé pour la première fois par Placentin, dans la ville de Montpellier, sa patrie adoptive. Il publia un livre sur les actions; des additions au commentaire de Bulgare, son maître, sur les règles de droit; une somme sur le Code : son principal ouvrage est une *Summa* sur les Institutes, dont le souvenir a traversé déjà plus de six siècles[3]. Il eut pour successeur à Montpellier Azon, éloigné de Bologne, sa patrie, par des troubles publics[4].

La propagation des textes a demandé un siècle. Au treizième siècle, Accurse, de Florence (mort en 1264), a résumé dans la Grande Glose les travaux d'Irnérius, de Bulgare, de Placentin et des autres docteurs qui l'avaient précédé : il hérite bien souvent des erreurs qui ont marqué les premiers pas des jurisconsultes; mais souvent aussi il est supérieur à ses devanciers par la justesse de ses idées et la concision de son langage. L'école des glossateurs fut représentée

[1] Sur l'école d'Irnérius, *voir* mon *Histoire du Droit*, tome IV, p. 309-314. A partir de 1118 on perd la trace d'Irnérius dans l'histoire.

[2] Odofredus, treizième siècle, *De justitia et jure* (*V.* mon tome IV, p. 316).

[3] Placentin, né à Plaisance, d'où vient son nom, vers l'an 1120, mourut à Montpellier en 1192 (*Voir* mon tome IV, sur Placentin. p. 343).

[4] Azon a publié une Somme célèbre; l'édition de Lyon 1564 est la plus précieuse par l'insertion d'un ouvrage de Placentin, *proœmium trium Lib.*, où Placentin raconte sa vie. (*V.* Savigny sur l'École des glossateurs, chef-d'œuvre d'érudition.)

à Toulouse avec éclat par Accurse le fils, par Jacob de Revigny (originaire de la Lorraine), mort en 1296, et par Pierre de Belleperche, qui fut ensuite professeur à l'Université d'Orléans. — Jacob de Revigny introduisit la forme scolastique dans l'enseignement du droit[1], méthode qui ne fut point favorable au progrès de la science et qui l'arrêta dans son essor, au quatorzième siècle, malgré l'éclat du nom et des travaux du fameux Barthole, né en 1313 en Italie, mort en 1357 à quarante-quatre ans professeur à Pérouse, et dont l'influence, grande en Espagne, dans le midi de la France, fortifiée encore dans les écoles de Bologne et de Pavie par Balde, son disciple, n'a pu être vaincue que par l'école d'Alciat et de Cujas.

SECTION DEUXIÈME.

École romaine du seizième siècle.

Les textes étaient propagés de toutes parts; les glossateurs avaient, dans les premiers siècles, dignement accompli leur mission de propagateurs de la loi romaine; la lettre et la forme étaient connues; l'esprit du droit avait pénétré même dans les coutumiers du moyen âge : puis la glose et la scolastique avaient obscurci les textes, ou même les avaient remplacés dans la vie pratique et scientifique. Une autre école s'est formée : celle-ci a rejeté la glose, répudié la scolastique, s'est attachée à étudier les textes, à les éclairer par l'histoire et les lettres, et à manifester l'esprit des lois romaines. C'est la grande école du seizième siècle, celle que nous appellerons L'ÉCOLE ROMAINE ou l'école scientifique du droit romain.

Elle s'est divisée en trois branches :

1° L'école des conciliateurs et ordonnateurs;

2° L'école des commentateurs;

3° L'école dogmatique.

[1] *Voir* la savante notice de M. Victor Leclerc, sur Jacob de Revigny (*de Ravanis*), *Hist. littéraire*, t. XXI, et mon t. IV.

Ire BRANCHE. — ÉCOLE DES CONCILIATEURS ET ORDONNATEURS.

Les oppositions apparentes ou réelles, les *antinomies* entre un grand nombre de lois, avaient vivement frappé ceux qui s'étaient primitivement occupés des textes. Les glossateurs avaient tenté de les concilier ; mais ils n'avaient souvent donné que des conciliations de mots ou de subtiles explications[1]. Plusieurs jurisconsultes, entrant dans le sens intime et le caractère historique des lois, travaillèrent spécialement à concilier ces oppositions désespérantes pour les plus zélés admirateurs du droit romain. Les principaux sont :

A. Bellon, président du sénat de Turin (*Antinomiarum Juris Dissolutiones.* — 1551);

Ant. Le Conte, professeur à Bourges, très-estimé de Cujas, *Juris civilis Liber; Disputationes juris.* — 1586;

Jules Pacius, professeur à Montpellier, à Valence (*Legum conciliatarum Centuriæ.* — 1596)[2];

Ed. Mérille, qui se constitua imprudemment le critique des œuvres de Cujas et fut à Bourges le maître de Domat (*Expositiones in decisiones Justiniani; — Variantes Cujacii interpretationes.* — 1638);

J. Mercerius, aussi professeur à Bourges (*Jurisconsulti Conciliator.* — 1597).

Mais cette branche première réunit toute sa force dans Denis Godefroy[3], dont la critique supérieure a épuré les textes et donné à la science, aux cours de justice, des collections vraiment classiques, le *Corpus Juris;*

Dans Adam Struve, qui a entrepris dans ses *Exercitationes* de concilier les lois auxquelles renvoie Godefroy[4];

[1] *Voir*, pour les exemples, l'*Histoire de Cujas*, par M. Berriat-Saint-Prix, professeur en droit et membre de l'Institut.

[2] Les *Institutiones Justiniani* de J. Pacius a Beriga sont de 1578.

[3] Il est mort en 1622. Son *Corpus Juris* a été publié pour la première fois à Lyon, en 1586.

[4] Né en 1619, mort en 1692, *immo Gothofredi*, etc.—*Syntagma juris civilis.*

Dans Gérard Nood, qui, à vingt-six ans, publia son ouvrage *Probabilium Juris Libri quatuor*, trésor d'une profonde érudition[1]; qui, s'élevant au-dessus des préjugés de son temps, prouva dans ses livres *de Fœnore et Usuris* que le prêt à intérêt n'est pas contraire au droit naturel et au droit des gens; et qui, par ses *Observations* sur plusieurs points du droit civil, jeta une lumière tellement vive qu'on réclama de lui un commentaire complet sur les Pandectes : la mort l'arrêta au quatrième livre de cette vaste entreprise.

Les glossateurs, ayant voulu faire une division du Digeste, n'avaient fait que couper le Digeste en trois parties sans aucune modification, et sans qu'on puisse encore trouver dans leur division un motif rationnel : le *Digestum vetus*, l'*Infortiat*, le *Digestum novum*, ne sont que les cinquante livres du Digeste divisés en trois séries, dont la première s'étend du Ier au XXIVe livre, la seconde du XXIVe au XXXVIIIe, la troisième du XXXVIIIe au Le.

Des jurisconsultes du seizième siècle, appliquant à la compilation de Justinien un esprit plus libre, plus dégagé d'un respect superstitieux, attaquèrent l'ensemble de la composition. Les Hotman[2] remarquaient que « Tribonien n'avait gardé ordre, suite « ni disposition en aucune matière. »

Jacques Labitte, élève de Cujas, entreprit un ouvrage contenant le plan d'un Digeste dans un nouvel ordre, et il réunit sous le nom de chaque jurisconsulte romain, mis à contribution par Justinien, l'indication des divers fragments qui lui appartenaient : ainsi l'on pouvait mieux saisir l'esprit de chacun et la pensée des fragments. C'est là le but de l'*Index omnium quæ in Pandectis continentur*, qui depuis a été réalisé par la réunion de tous les textes classés sous les titres de chaque ouvrage et de chaque jurisconsulte dans la *Palingénésie* d'Hommel, publiée à Leipsick

[1] Né en 1647, à Nimègue (Pays-Bas), mort en 1725, à Leyde.

[2] *Opuscules français* de François, Antoine et Jean Hotman, *de l'Étude des lois*, ch. XII (1616).

en 1767[1]. C'est aussi la pensée des travaux de Wieling et de Freymonius, qui firent sur le Code et les Novelles le travail que Labitte avait fait sur le Digeste. — C'est enfin l'objet de l'immense collection d'Antoine Augustin, archevêque de Tarragone, qui divisa les jurisconsultes en quatre classes, et donna plus de détails pour retrouver tous les fragments épars dans le Digeste[2].

Mais ces travaux, quelle qu'en fût l'étendue ou l'utilité, conduisaient au seuil de la science et non dans le sanctuaire.

IIe BRANCHE. — ÉCOLE DES COMMENTATEURS.

La seconde branche de l'école romaine, celle des commentateurs, constitue, à proprement parler, la grande école du seizième siècle.

Elle fut établie au centre de la France, à Bourges, comme celle des glossateurs au centre de l'Italie. Tant qu'il s'agissait de la découverte, de la propagation et de l'interprétation littérale des monuments, des textes romains, l'initiative appartenait à l'Italie. Mais au moment où la science, acquérant toute sa force, se faisait la puissance civilisatrice de l'Europe, elle devait trouver en France sa principale gloire : la France, cette reine de la pensée entre les nations européennes, devait reprendre et exercer la mission qu'elle n'a plus désertée.

En 1529, Alciat fonda l'école de Bourges; il eut Duaren pour disciple; Cujas l'éleva au plus haut degré de splendeur, Cujas, éloigné de Toulouse, sa ville natale, par l'esprit dominant de l'école bartholienne que représentait Ét. Forcadel, nommé pro-

[1] Labitte, *Index legum* (1557, réimprimé en 1758). — *C. F. Hommelii palingenesia librorum juris veterum, sive pandectarum* (*Lipsiæ*, 1767). — Wieling, en 1727, a imité Labitte, et a donné l'*Index chronologicus* de toutes les constitutions impériales sous les noms de chaque empereur. — Et de nos jours Hœnel fait, sur les constitutions impériales, le travail de palingénésie qui a été fait sur les jurisconsultes. (Voir le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1855, p. 254.)

[2] *Symphonia juris utriusque chronologica*, etc. *De nominibus propriis*, etc., 1579.

fesseur au concours, mais seulement après le départ de Cujas pour l'Université de Cahors (1554).

A Bourges, des jurisconsultes vraiment dignes de ce nom, Duaren, Baudoin, Éginard Baron, F. Hotman, Doneau, se livrent à une étude approfondie de tout le droit romain; ils en recherchent l'esprit essentiel et général; ils en interrogent les révolutions et les progrès. Ils appellent l'histoire, les lettres grecques et romaines au secours de la science: c'est par l'histoire que Cujas surtout pénètre au fond des obscurités du Digeste et du Code; elle est, selon son expression, l'hameçon d'or, avec lequel il saisit la force réelle et le sens des lois (*vim ac potestatem*).

Cujas retrouve et rend à la science, à l'histoire du droit le code de Théodose qui avait si puissamment exercé son influence dans les Gaules avant et depuis l'invasion des barbares et jusqu'à la féodalité. Dans ses *Paratiltes*, il résume, il concentre l'esprit du Digeste; dans ses *Observations*, il approfondit, il éclaire les parties le plus généralement applicables du droit romain; et dans ses *Réponses de Papinien*, il ressuscite ce grand homme, il recompose son œuvre de génie à l'aide des fragments dispersés dans les Pandectes, avec bien plus de sûreté que Nieburh, dont l'imagination, suppléant aux textes, a recomposé l'histoire des races perdues de la vieille Italie. Dans Cujas on rencontre tout à la fois une grande force d'analyse qui saisit tous les détails, et le souffle créateur de la synthèse qui harmonise et vivifie : c'est par cette alliance et cette action des plus hautes facultés de l'homme, que le génie est inventeur; qu'il découvre et manifeste des rapports inconnus; qu'il produit les œuvres des Cujas, des Montesquieu, des Savigny.

Cette école de Cujas, à laquelle se rattache le grand progrès du droit romain et de la science du droit en général, s'est continuée dans le seizième siècle par Pierre Pithou, qui conféra les lois mosaïques et les lois romaines, et réunit les maximes les plus justes du droit (*Axiomata ex libris Juris civilis*) [1]; par le

[1] M. Pithou, né à Troyes en 1539, mort en 1596. (V. Opusc. de Loysel, p. 294.)

président Brisson, qui fixa la langue du droit, rassembla les formules romaines et éclaira les origines; — au dix-septième siècle, par J. Voet, dont les commentaires sur les Pandectes furent d'un usage journalier devant les tribunaux; par Fabrot, d'Aix, qui réalisa toute la pensée de Cujas sur les Basiliques, et les accompagna de commentaires moins dignes du maître; par Hauteserre, professeur à Toulouse, esprit supérieur en histoire, en droit civil, en droit canonique; par Domat, qui associa la philosophie chrétienne au droit romain, et fonda en même temps sur la raison et les principes des lois romaines l'ordre naturel des lois civiles; au dix-huitième siècle, par Heineccius, qui a suivi principalement l'impulsion historique de Cujas, et surtout par notre immortel Pothier. Toutes les lois romaines, épurées dans leur texte par les deux Godefroy, réunies sous chaque jurisconsulte par Jacques Labitte, éclairées dans leur esprit par Cujas et ses disciples, sont venues se classer par ordre, et suivant la loi des analogies, dans des divisions fécondes et des subdivisions multipliées sans confusion. On ne sait ce qu'on doit le plus admirer, dans les *Pandectes* de Pothier, de l'immensité du travail et des recherches, ou de la puissance d'analyse qui a brisé ce tout indigeste des lois romaines, pour le recomposer dans un ordre si lumineux. Les Pandectes du jurisconsulte d'Orléans sont un monument colossal dans lequel viennent se confondre l'érudition du seizième siècle, la méthode et la force encyclopédique du dix-huitième. — Une seule chose est à regretter, c'est que l'esprit d'unité du dix-septième siècle n'ait pas aussi donné son empreinte imposante à l'œuvre de Pothier ; c'est que Pothier n'ait pas eu pour la classification fondamentale des matières et leur disposition générale, la méthode savante et hardie qui l'a dirigé dans les détails; c'est qu'il n'ait pas répandu dans le plan des cinquante livres du Digeste l'unité qu'il a mise dans chaque livre en particulier. Si l'ordre sévère qui domine les matières de chaque titre avait régné sur le corps même de l'ouvrage, alors les lois romaines se seraient développées dans un ordre rationnel qui aurait représenté scientifiquement tout

leur génie civilisateur. Mais ce qu'il n'a pas fait pour l'ensemble, il l'a fait avec une grande supériorité pour le titre de *Regulis juris*, qui renferme avec ordre et force la substance condensée du Digeste.

IIIe BRANCHE. — ÉCOLE DOGMATIQUE.

La troisième branche de l'école romaine, que nous appelons l'ÉCOLE DOGMATIQUE, est celle qui, ne cherchant pas à saisir le droit dans son ensemble, s'attache à des parties spéciales, et dans des traités rigoureux, *ex professo*, creuse la matière, la fouille dans tous les sens et en formule rigoureusement les principes.

Cette école, née au seizième siècle, n'a cessé de produire ses hommes et ses œuvres. Elle fut fondée par Duaren[1], François Hotman[2] et Doneau[3] : ce dernier surtout l'a illustrée. Elle osa se mesurer avec l'école de Cujas; et la rivalité des chefs, qui brillaient en même temps dans la célèbre Université de Bourges, anima encore plus vivement la rivalité des deux écoles. Doneau, qui fut le Cujas de l'école dogmatique, mais dont la gloire eut d'abord moins d'éclat et les travaux beaucoup moins d'influence, mit dans ses traités autant de profondeur que le moderne Papinien en avait mis dans ses commentaires. — Le président Antoine Favre[4], qui débuta par ses vingt livres des *Conjecturarum Juris civilis*, et qui conduisit jusqu'au dix-huitième livre du Digeste ses *Rationalia*, poussa quelquefois jusqu'au paradoxe et à la subtilité la vigueur et la hardiesse de son esprit. — Menochius

[1] Mort en 1559. *De Jure accrescendi Libri duo. — De Ratione discendi docendique Disputationum Libri duo*, etc.

[2] Mort en 1590. *De Dotibus, de Pactis, de Eo quod interest, de Magistratibus, de Legibus Tractatus*, etc. Ses *Institutes* (1569) sont un livre rare.

[3] Né en 1527 à Châlons-sur-Saône, mort en 1591. *De Pactis, Tractatus de Pignoribus et Hypothecis, de Evictionibus de Probationibus*. Les *Commentaria Juris civilis in quibus Jus civile universum singulari artificio atque doctrina explicatur*, portent dans tout le cours de cet immense ouvrage le caractère dogmatique. Chef d'école, Doneau embrasse tout le droit.

[4] Le président Ant. *Faber*, né en 1557, mort en 1624 (qu'il ne faut pas confondre avec Jean *Faber* du quatorzième siècle. Son ouvrage intitulé *Codex Fabrianus* a été le plus souvent invoqué devant les tribunaux.

(de Pavie)[1], dans le traité de *Præsumptionibus*, si souvent invoqué, posa les bases de la certitude morale et juridique.

Le caractère qui distingue les deux dernières branches de l'école romaine, c'est qu'en général l'école de Cujas a plus d'étendue dans les idées, celle de Doneau plus de profondeur et de méthode. Les légistes sortent de la première, les théoriciens de la seconde; et ce sont les légistes qui se répandent et dominent dans la pratique du barreau. Mais dans ce parallèle des deux branches de l'école scientifique, il faut toujours mettre à part le prince des commentateurs, appelé par ses contemporains le GRAND CUJAS, et qui, dans ses ouvrages, n'avait pas moins de profondeur que d'étendue.

Ainsi donc, l'école scientifique du droit romain, comprenant trois classes de jurisconsultes, les Conciliateurs, les Commentateurs, les Dogmatiques, formait cette École romaine du seizième siècle, par laquelle la science du droit, portée à sa plus grande hauteur, rayonna de tout son éclat sur les intelligences et sur l'Europe ébranlée alors par les premières secousses de la liberté.

Rapports du mouvement des écoles avec le mouvement de la société chrétienne.

Entre les glossateurs du moyen âge, les jurisconsultes de la renaissance et l'état contemporain de la société chrétienne se retrouve un rapport bien remarquable : c'est celui que nous avons signalé, dès l'origine, dans la marche parallèle du christianisme et du droit romain, commençant et continuant ensemble leur travail de spiritualisme social et de civilisation. La société religieuse du moyen âge reposait exclusivement sur le principe de l'autorité de l'Église. Les scolastiques, soumis à la méthode d'Aristote, exerçaient dans le cercle tracé par le catholicisme la profondeur et la subtilité de leur esprit ; mais, renfermés dans les *textes*, ils ne songeaient pas à creuser hors de la limite sacrée. — De même,

[1] Menocchius. 1533-1607. M. Toullier s'est beaucoup servi de ce livre dans son *Traité des obligations*.

l'école des Accurse et des Barthole, au treizième, au quatorzième, au quinzième siècle, travaillait sur le texte des lois romaines, s'attachait à répandre, à imposer la lettre de la loi, et renfermait les études et les esprits dans cette limite rigoureuse du texte et de l'interprétation littérale. C'était sur le principe de cette autorité exclusive que reposait l'école des glossateurs.

Mais le principe de la liberté humaine, de la raison individuelle est apparu sous le nom de Luther dans le monde religieux ; le principe traditionnel de l'autorité de l'Église et de la lettre de ses décrets a été fortement ébranlé : alors ont apparû les grands jurisconsultes du seizième siècle. Ils ont interrogé l'esprit du droit romain, ils en ont recherché la doctrine; et, entraînés par les sympathies de la science et de la liberté à son réveil, la plupart des grands jurisconsultes, nés catholiques, se sont faits protestants.

François Hotman, qui professa à Bourges en même temps que Cujas ;

Pierre et François Pithou, dont le premier fut repoussé comme calviniste par le barreau de Troyes [1] ;

Jean de Coras, d'abord professeur, puis conseiller au parlement de Toulouse, et l'une des victimes de la Saint-Barthélémy ;

Beaudoin, professeur à Bourges et commentateur renommé ;

Doneau, le digne rival de Cujas, qui, en 1572, parla publiquement à Orléans, où il se trouvait alors professeur, en faveur des calvinistes, et n'échappa au massacre de la Saint-Barthélemy que par le dévoûment de ses élèves ;

Antoine Govéa, professeur à l'université de Grenoble et de Valence, auquel Cujas donnait la palme parmi les interprètes du droit de Justinien [2];

[1] Pierre Pithou se convertit au catholicisme après la Saint-Barthélemy, en septembre 1572. (V. sa vie par Grosley, t. I[er], p. 145.)

[2] A. Goréa, Portugais d'origine, d'abord régent d'humanités à Paris et à Bordeaux, professa le droit civil à Toulouse, à Cahors, à Valence, à Grenoble en 1555, 1587, jusqu'en 1562, mourut à Turin en 1566. — *V.* Cujas dans ses notes sur Ulpien; et de Thou, *Hist.*, liv. XXXVIII, an. 1565.

Denis et Jacques Godefroy, ce dernier immortalisé par ses commentaires du code Théodosien;

Dumoulin, dont nous parlerons bientôt,

Embrassèrent tous ouvertement le protestantisme.

Cujas fut regardé comme le partisan secret de la doctrine nouvelle; mais il n'en a jamais fait profession publique, et quand on le pressait sur la question religieuse, il écartait les discussions par ce mot bien connu : « Revenons à l'édit du préteur : *Nihil hoc « ad edictum prætoris.* »

Cet entraînement des jurisconsultes du seizième siècle vers la réforme naissante s'explique. Le principe de la réforme était une protestation contre l'autorité spirituelle, un appel fait à l'examen individuel; c'était l'indépendance de la raison qui se posait, comme une puissance nouvelle, en face de l'autorité absolue du moyen âge. Or le principe d'examen, appliqué alors à la religion, était le fondement de la science humaine, qui repose sur la raison et la liberté. — Les hommes de la science, qui voyaient ce rapport entre le principe moteur de leurs travaux et le point de départ de la réforme, ont dû se sentir fortement sollicités vers celle-ci, au moment même de la lutte et de la confusion, avant que le catholicisme et la réforme eussent pu vider logiquement les questions qui les séparaient. — Plus tard, quand la solution a pu être préparée par de longues controverses, les hommes de la science du droit ont cessé de déserter le catholicisme : l'école rationnelle du catholicisme s'est élevée dans Port-Royal ; le jansénisme a été une forte doctrine de liberté gallicane, et les jurisconsultes français, en exceptant Hauteserre, ont suivi l'école de Port-Royal et du jansénisme. Domat, d'Aguesseau, Pothier, la magistrature entière, étaient imbus des doctrines indépendantes du jansénisme et de l'Église gallicane. Les jurisconsultes étaient redevenus catholiques en associant la raison et la foi.

SECTION TROISIÈME.

École française.

L'école scientifique du seizième siècle, dont nous avons rappelé les trois branches diverses, était *toute romaine*, quoiqu'une bonne part de sa gloire revienne à des jurisconsultes français. En écrivant sur le droit romain, dans la langue même des Ulpien et des Papinien, Cujas et Doneau en étaient les vrais continuateurs. L'historien du *Droit civil dans les États chrétiens*, A. Duck, disait : « Si la jurisprudence romaine pouvait se perdre « chez les autres nations, elle se retrouverait tout entière chez « les Français : *Jurisprudentia romana, si apud alias gentes « extincta esset, apud solos Gallos reperiri posset*[1]. »

Mais dans ce même siècle s'élevait une autre école à laquelle Cujas consacrait ses derniers travaux, qui, nourrie de la doctrine romaine, s'en distinguait, et formant une souche à part, non moins féconde dans ses diverses branches : c'était l'École française.

Son caractère distinctif fut d'être une école d'application : il fallait bien que la science du droit descendît de la chaire des Facultés et prît place au milieu des réalités compliquées de la société civile, pour devenir un pouvoir de chaque jour, actif et civilisateur; il fallait que ce pouvoir intellectuel travaillât à briser l'enveloppe du moyen âge et de la féodalité, pour introduire ensuite dans la société nationale les principes du droit romain manifestés avec éclat dans l'ordre scientifique : c'est donc de la nécessité de l'application sociale qu'est sortie l'ÉCOLE FRANÇAISE.

Elle se divise en trois branches :

1° L'école comparative (ou des conférences) ;

2° L'école féodale et coutumière, qui a pris souvent par la force des choses le caractère historique;

3° L'école rationnelle et d'association.

[1] Arth. Duck, *de Auct. Jus. civ.*, lib. II, ch. v.

Parcourons rapidement ces trois branches, comme nous l'avons déjà fait pour les branches diverses de l'École romaine.

1re BRANCHE. — ÉCOLE COMPARATIVE (OU DES CONFÉRENCES).

La première condition, dans les nécessités de l'école d'application, était de déterminer la place réelle que le droit romain et les autres sources du droit civil occupaient dans la société française.

Il fallait constater l'existence des divers éléments qui constituaient le droit privé, le droit positif; il fallait aussi chercher leurs rapports et leurs différences essentielles, conférer entre eux les divers principes et les diverses législations : c'est ce travail de conférence qu'a entrepris une école de jurisconsultes que nous appelons l'École comparative.

Au seizième siècle :

Imbert, dans les *Institutiones forenses* (1542), si estimées de Cujas et de Dumoulin, et dans son *Enchyridion* (1568);

P. Ayrault, élève de Duaren et de Cujas, dans son Traité de la puissance paternelle, son ordre des jugements, sa mutation des lois [1];

Bugnyon et Guesnois, dans leurs ouvrages *sur les lois abrogées et inusitées ;*

J. Duret, dans son *Alliance du Droit romain et du Droit francais ;*

P. Costalius, du Dauphiné, dans son ouvrage *Adversaria,* sur les vingt-cinq premiers livres du Digeste, dont l'objet est d'appliquer aux usages de France les lois qu'il explique;

J. Papon, qui, dans son livre *des Notaires,* a embrassé toutes les matières du droit;

Tiraqueau, célébré par l'Hôpital, appelé par lui le Varron de son siècle, alliant dans ses nombreux ouvrages le droit civil et canonique, et le droit coutumier;

Le savant Charondas, dans ses Pandectes du Droit français :

[1] *De l'Ordre, Formalité et Instruction judiciaires des Romains conférés aux usages de France. — De patria Potestate.— De la Nature, Variété et Mutation des lois. — Rerum ab omni antiquitate judicatarum Pandecta.*

Tous avaient pour objet principal de conférer le droit romain avec les maximes données par les usages français.

C'est aussi le but que se proposent trois jurisconsultes d'un nom plus célèbre dans l'histoire de la science au seizième siècle :

René Choppin, dans ses Remarques communes sur les coutumes[1], qui servent d'introduction à son Commentaire de la Coutume de Paris, mais qui ne forment qu'une esquisse malheureusement trop incomplète ;

Guy Coquille, dans son excellente Institution du Droit français;

Et Pasquier, dans son Interprétation des Institutes de *Justinien*, avec conférence aux ordonnances et coutumes[2].

Ces trois jurisconsultes, les deux derniers surtout, marquent avec bien plus de netteté les limites respectives du droit romain et du droit coutumier : Guy Coquille a exercé son esprit toujours judicieux à systématiser les principes du droit coutumier; et Pasquier présente dans cette conférence, si tardivement imprimée, un modèle d'exposition, de rapprochement entre les deux doctrines romaine et française.

Au dix-septième siècle, Mornac dans ses observations sur les vingt-quatre premiers livres des Pandectes, où il compare le droit romain et le droit français qu'il avait également approfondis;

Despeisses, dans ses Traités des Contrats et des Successions ;

Automne, de Bordeaux, dans sa Conférence sur la coutume;

L'auteur anonyme de l'Institution du droit romain et du droit français, annotée par de Launay, le premier professeur de droit français à la Faculté de Paris;

Au dix-huitième siècle, Claude-Joseph de Ferrière (le fils), Boutaric, Serres et Julien, professeurs, dans leurs Institutes ou Éléments de jurisprudence,

[1] *De Jure communi Gallorum*, en tête de son *Commentaire sur la coutume de Paris*. L'ouvrage original est en latin, il est traduit dans les œuvres de Choppin en 5 vol. in-folio.

[2] Publiée pour la première fois en 1847, par M. le duc Pasquier, avec introduction et notes de M. Ch. Giraud, de l'Institut (in-4°).

Avaient, les uns et les autres, pour objet essentiel de constater les principes divers de la société civile, d'assigner au droit romain, aux coutumes, aux ordonnances, leur portion réelle d'empire et d'efficacité.

Cette branche de l'école française ne pouvait produire des œuvres d'une très-haute portée dans la science du droit. Il était trop difficile d'assigner avec précision à chaque élément du droit *si ondoyant et si divers*, selon l'expression de Montaigne, une sphère rigoureuse. Ces principes tendaient à se combattre, à s'exclure, à se combiner ; leurs limites changeaient dans la jurisprudence à mesure que la science et la civilisation se développaient. L'Institution de Guy Coquille était bien loin de celle d'Imbert, quoique publiée dans le même siècle; mais cette école avait un grand but d'utilité comme école préparatoire, pour ouvrir la voie à de plus grands travaux, et montrer sur plusieurs points l'alliance possible du droit coutumier, du droit des ordonnances et du droit romain.

Elle était, dans son rapport à l'école française, ce que la branche des jurisconsultes conciliateurs était dans son rapport à l'école romaine.

IIe BRANCHE. — ÉCOLE FÉODALE, COUTUMIÈRE ET HISTORIQUE.

Par la rédaction des Coutumes et leur réforme durant le cours du seizième siècle, l'élément féodal et coutumier avait constaté législativement sa puissance dans la société civile, sa nature spéciale, et son importance relativement aux autres principes : il se trouvait en état de contre-balancer le pouvoir des lois romaines. L'école feudiste et coutumière est devenue dès lors l'une des branches les plus fécondes de l'école française. Elle a eu pour fondateur celui que ses contemporains appelèrent le prince des jurisconsultes, CHARLES DUMOULIN [1]. Le premier, il pénétra dans les profondeurs de la société féodale; il montra et les racines des

[1] Dumoulin, né à Paris en 1500, mort en 1566.

fiefs et leurs ramifications sans nombre ; le premier, il jeta sur les coutumes un coup d'œil général, marquant de sa réprobation les dispositions inconciliables avec tout principe de droit ; le premier, il chercha le lien d'harmonie qui pourrait se cacher sous cette multiplicité d'usages , et il proclama le principe de l'unité en présence de ces diversités infinies. — Chef de l'école française, il était le disciple et l'admirateur du droit romain ; plusieurs de ses grands traités sont des monuments élevés à la doctrine romaine. Il eut un rival célèbre et de nombreux émules.

Ce rival de gloire, sinon de génie, fut D'ARGENTRÉ, l'honneur de la science du droit dans la Bretagne, fertile en jurisconsultes.

La Bretagne , le pays de toutes les résistances celtiques , féodales , monarchiques, fut aussi un point d'opposition contre le droit romain, un pays de prédominance pour le droit féodal et coutumier. D'Argentré, commentateur et réformateur de la coutume, loin d'affaiblir les droits féodaux par l'influence du droit romain, leur donna plus de force et d'âpreté contre les vassaux et les roturiers. Le premier ouvrage qui porta son nom fut en faveur du partage des nobles [1] ; il fit donner dans la coutume réformée la préférence aux seigneurs de fiefs sur les parents d'une autre ligne [2] ; il voulut même restreindre le droit de représentation dans la famille pour accroître le droit de déshérence des seigneurs. Mais il ne put triompher de la résistance des autres commmissaires, ses collègues pour l'œuvre de la réforme [3]. Il soutint, contre l'opinion de Dumoulin, que le droit de relief ou de succession est dû au seigneur pour chacune des mutations arrivées par décès dans le cours de la même année [4]. A Dumoulin, qui voulait donner dans la jurisprudence féodale une certaine autorité au Livre des fiefs lombards pour alléger les rigueurs de la féodalité bretonne et faire disparaître, par exemqle, l'abus des *fiefs en l'air*, il

[1] *Avis sur le Partage des Nobles,* publié en 1570.
[2] Art. 295 de la *Coutume de Bretagne.*
[3] Il voulait restreindre la représentation au neuvième degré.
[4] D'Argentré, sur l'art. 76 de la *Coutume de Bretagne.*

répondait que le livre des fiefs de Milan ne pouvait avoir plus d'autorité en Bretagne que les coutumes bretonnes à Milan[1]. Il enseigna, contre Dumoulin et l'opinion reçue, que la réalité des coutumes, la loi de situation, loi essentiellement féodale, devait déterminer seule le caractère des biens acquis pendant la durée de la communauté conjugale[2]. Toujours il décidait pour l'intérêt de la féodalité.

Il se trouva souvent ainsi l'adversaire de Dumoulin, et on lui a supposé dans ses controverses une passion envieuse; mais son principe d'opposition était dans l'esprit qu'il représentait. Dumoulin aspirait à l'unité des coutumes, pensée toute de droit romain; d'Argentré, ennemi déclaré du droit romain, noble breton, tout féodal, tout coutumier, luttait contre l'unité de doctrine, comme la Bretagne luttait contre la centralisation administrative. — Ce patriotisme étroit mais vigoureux, ce culte d'isolement lui donnait une verve de style, une hardiesse d'images qui s'alliaient naturellement avec l'esprit hardi et solitaire de la féodalité. Mornac l'a comparé au cyprès qui a des feuilles sans fruit[3], injustice d'un auteur coutumier, romaniste jusqu'à l'excès. Hévin, feudiste breton, jurisconsulte éminent, qui a relevé plusieurs des erreurs de d'Argentré, le peint comme un esprit violent et paradoxal; mais il reconnaît ses grandes qualités et regarde comme un chef-d'œuvre le commentaire sur le titre des donations de l'ancienne coutume[4]. C'est surtout dans son *Traité des Appropriances, Bannies et Prescriptions*, qu'il est lui tout entier; c'est là que, renfermé dans le droit coutumier, il peut creuser jusqu'aux fondements de la société féodale, et qu'il développe la profondeur de son érudition et l'énergique vigueur de son esprit.

Lorsqu'il voulait sortir du droit féodal et s'élever aux vues générales de l'histoire, il perdait toute sa force : le grand

[1] D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, sur l'art. 329, et sur le *Titre des fiefs proœmium*, n° 4. (Voir aussi mon *Hist. du Droit*, t. IV, p. 336. et t. V, p. 396.)
[2] *Sur l'art.* 218 *de la Coutume de Bretagne*, Glos. 6, n° 14.
[3] *Argentreus excurrit in verba quæ vere cupressis comparari possunt* (Mornac 2-261).
[4] Hévin, *Questions féodales*. p. 123 *et passim*.

jurisconsulte de la Bretagne en fut le médiocre historien[1].

L'école de Dumoulin a compté de nombreuses illustrations; nous ne pouvons indiquer ici qu'un certain nombre d'auteurs :

Guy-Coquille (1523–1603), le plus utile peut-être de tous les jurisconsultes coutumiers, parce qu'il est le mieux instruit des vieilles institutions, et qu'il sent le besoin de les systématiser;

Charondas (1536-1619), l'un des magistrats les plus instruits dans le droit romain et le droit français coutumier, et dont un patriotisme chaleureux animait les recherches et les précieuses annotations sur le grand Coutumier de Charles VI, la Somme rurale, la Coutume de Paris;

René Choppin (1537-1606), disciple sinon rival de Dumoulin comme jurisconsulte et feudiste, dans ses commentaires sur la coutume de Paris et sur la coutume d'Anjou; auteur laborieux, très-versé dans la connaissance des antiquités de la France, très-apprécié par Ducange, à raison de ses savantes recherches, et dont le livre sur le domaine est un recueil de choses curieuses, mais sans être un témoignage de constance politique, car après avoir été récompensé royalement par Henri III, l'ouvrage fut dédié à l'éphémère Charles X, et définitivement offert à Henri IV;

Loysel (1536-1617), élève de Cujas, qui a porté le besoin des règles générales, à l'imitation du droit romain, dans l'étude des coutumes, mais qui a donné quelquefois comme maximes générales des règles locales et des observations incomplètes : son livre, utile surtout à la pratique, est devenu un livre de science par les annotations d'Eusèbe de Laurière, l'avocat le plus érudit de France pour la recherche des origines et des traditions;

Loyseau (1566-1627), jurisconsulte profond à la manière de Dumoulin, esprit indépendant qui eut toute la trempe des grands esprits du seizième siècle, et qui rend compte des traditions du passé avec une haine généreuse, mais quelquefois trop passionnée pour être juste;

[1] Il publia son *Histoire de Bretagne* en 1582, 2 vol. in-folio.

Julien Brodeau (mort en 1653), le savant annotateur des arrêts de Louet, et dont le commentaire posthume et incomplet sur la Coutume de Paris est cependant l'un des plus riches en documents historiques;

J. M. Ricard (1622-1678), commentateur de la Coutume de Senlis, jurisconsulte formé à l'école romaine, qui a concentré sur les Donations la profondeur de son savoir, et qui, en partant des notions du droit romain, arrivait toujours à des résultats applicables au droit coutumier;

Basnage (1615-1695), qui a surpassé les nombreux commentateurs de la Coutume de Normandie, mais qui l'a commentée plus en jurisconsulte de l'école romaine qu'en investigateur curieux des traditions féodales et de l'origine des institutions normandes; esprit clair et méthodique, qui sentait le besoin impérieux de se rendre compte des règles de pratique par les règles mêmes du droit;

Duplessis, qui dans ses dissertations sur les matières coutumières fait une heureuse application de la diction claire et simple de la méthode sévère de Port-Royal, mais qui donne plus de place au raisonnement qu'à la science positive et à l'autorité des sources;

Lebrun, auteur devenu presque classique sur les successions et les communautés, sans avoir cependant les grandes qualités du jurisconsulte;

Poquet de Livonnière sur l'Anjou, Boucheul sur le Poitou, Poullain du Parc sur la Bretagne, Legrand sur Troyes, Mailliart sur l'Artois, Davot et Bannelier sur la Bourgogne, Dund et bien d'autres. Le président Bouhier, Valin et Chabrol dans le dix-huitième siècle, ont donné aux commentaires de la Coutume de Bourgogne, de la Coûtume de la Rochelle et de celle d'Auvergne la forme régulière d'un ouvrage didactique : ils continuèrent la tradition des grands jurisconsultes, en répandant sur leurs commentaires les lumières de l'histoire et de la théorie, et en revêtant d'une diction perfectionnée par l'étude des lettres tous les résultats que le progrès de la jurisprudence avait apportés dans l'école française.

Parmi ceux qui ont rattaché plus particulièrement au droit des coutumes l'histoire et la théorie des matières féodales, il faut placer au premier rang :

Charondas et Pasquier, au seizième siècle, de Laurière, au dix-septième, tous les trois instructifs et féconds dans leurs recherches sur les origines du droit de la France, avec la supériorité cependant que le dix-septième siècle, le siècle des Ducange, des Mabillon, des Baluze, donnait à de Laurière pour la grande et saine érudition;

Salvaing, qui, en recueillant les usages des fiefs du Dauphiné, a fait l'histoire du droit et l'histoire des institutions politiques et judiciaires de sa province;

Lathaumassière, esprit investigateur à la manière de Ducange, auquel la France a dû la connaissance des assises de Jérusalem, et toutes les coutumes locales du Berry, témoignage inappréciable de la variété infinie que la féodalité pouvait semer dans les mœurs d'une seule province;

Brussel, qui a jeté une vive lumière sur les usages féodaux des onzième, douzième et treizième siècles, dans toute la France, et qui a mis au jour des documents de la Chambre des comptes, importants pour l'histoire du domaine de la Couronne et des premières prévôtés;

Caseneuve, qui a si vaillamment soutenu contre Galland la liberté du franc-alleu en Languedoc;

David Hoüard, qui a enrichi l'histoire et le droit de textes précieux sur les *anciennes Lois françaises*, sur *les Coutumes anglo-normandes*, et d'un *Dictionnaire du droit normand* où se trouve le Coutumier de Normandie en vers français du treizième siècle;

Hervé, qui, dans sa théorie des matières féodales, avait voulu trop tard (1785) embrasser toute la société du moyen âge, mais qui a été lumineux dans son introduction générale et dans sa controverse contre l'omnipotence du domaine;

Henrion de Pansey, qui, nourri à l'école de Dumoulin, a résumé son grand ouvrage sur les fiefs (1773), et fixé tant de points difficiles dans ses Dissertations féodales, publiées à la veille de la Révolution.

Dans cette liste, que l'on pourrait compléter, se trouvent des hommes dont les ouvrages bien étudiés ne jetteraient pas moins de jour sur l'histoire des institutions de l'ancienne France que sur le droit civil. Il y a certainement dans Guy Coquille, Loyseau, Charondas, Pasquier, de Laurière et Brussel, les matériaux les plus précieux pour l'historien investigateur. Au jurisconsulte curieux des antiquités du droit, sans lesquelles le droit nouveau n'est souvent éclairé que d'une fausse lumière, de Laurière surtout offre des trésors d'observations, de recherches, de résultats; et si, au lieu de s'asservir au rôle d'annotateur des Institutes de Loysel, il avait fait lui-même dans un ordre régulier les *Institutions du Droit français*, il n'y aurait eu pour la postérité qu'à étudier et à réimprimer : il a disséminé ses richesses dans ses annotations de Loysel et des ordonnances, dans ses préfaces, son commentaire de la Coutume de Paris, son Glossaire du droit français : c'est une vaste érudition qui a manqué de génie.

Elle est bien riche d'hommes et de productions, cette branche de l'école française ! mais une remarque essentielle est à rappeler : les jurisconsultes qui portaient leurs travaux sur les coutumes avaient tous été formés d'abord à la science par l'étude du droit romain; ils sortaient tous de l'école de Cujas, comme autrefois en Grèce les différentes sectes philosophiques étaient sorties de l'école de Socrate. Loysel, P. Pithou, Pasquier, étaient les disciples bien-aimés de Cujas[1]. — L'école romaine est vraiment la mère de l'école française. Tous les ouvrages faits sur les coutumes sont pénétrés de ses principes généraux; leur partie doctrinale en est une émanation directe. La plupart des commentateurs s'atta-

[1] D'Argentré fait exception; et cependant il avait aussi étudié le droit romain pour le combattre.

chaient à répandre les idées qu'ils avaient puisées dans les lois romaines, dans les écrits de leurs savants interprètes; et même presque tous les grands jurisconsultes coutumiers reconnaissent et proclament (comme nous l'avons vu au IIIe livre) la maxime, que le caractère de droit commun et supplétif appartient et ne peut appartenir qu'au droit romain. Si les doctrines des pays de droit écrit ont produit l'œuvre d'Henrys et de Bretonnier en faveur de l'autorité générale du droit romain, les jurisconsultes coutumiers, même après de Laurière, favorable à l'universalité de la Coutume de Paris, ont trouvé dans le président Bouhier un interprète savant et convaincu de la même pensée et de la suprématie des lois romaines comme raison écrite[1].

IIIe BRANCHE. — ÉCOLE RATIONNELLE ET D'ASSOCIATION.

Enfin, l'École francaise s'est développée sous un troisième rapport plus élevé, plus philosophique, plus puissant pour l'association des éléments divers du droit et leur assimilation aux principes du droit romain, à son spiritualisme social : c'est dans l'école française la branche que nous appelons École rationnelle et d'association; c'est celle qui a pour chefs Domat, d'Aguesseau, Pothier[2].

Cette école s'est mise directement en communication avec les principes du droit romain; elle est sortie des deux écoles du seizième siècle avec toute la clarté et la méthode du génie français, avec toute l'élévation de la philosophie chrétienne de Port-Royal. Elle s'est dégagée des préjugés qu'entraînait à sa suite le culte exclusif de l'école romaine; elle s'est emparée avec force du

[1] Bretonnier demeurait à Paris; mais, originaire de Lyon, il s'attachait spécialement au droit écrit.

Bouhier (1773-1746), *Observations sur les coutumes de Bourgogne*. — On peut classer Bouhier parmi les coutumiers, quoiqu'il ait soutenu que sa province était pays de droit écrit.

[2] Domat, 1625-1695. — D'Aguesseau, 1668-1751. — Pothier, 1699-1772. On peut ajouter Valin (1695-1765), de la Rochelle, commentateur de la Coutume et de l'ordonnance de la marine.

principe d'équité qui fait le fond du droit romain; elle a compris qu'il devait être généralisé; elle a travaillé à cette généralisation, comme à la propagation de la raison même appliquée à la société civile; elle a donné à la science du droit LES LOIS CIVILES DE DOMAT.

Dans une division simple et large en *engagements volontaires*, *involontaires* et en *faits de succession*, le droit romain vient déposer, sous l'empire de la méthode créée par Descartes et Pascal, le riche tribut de ses décisions et de ses lois. — Le monument où ces lois manifestent avec le plus d'éclat leur principe de justice, leur grande et féconde unité, devait s'élever dans un siècle où la pensée de l'unité était dominante. Quand Pascal traçait avec profondeur la ligne qui doit séparer l'empire de la science humaine du domaine de la théologie, et fondait après Descartes la science sur la raison, la méthode sur les principes évidents[1], Domat, l'ami de Pascal, manifestait l'identité rationnelle de la science des jurisconsultes romains avec la philosophie chrétienne du dix-septième siècle.

Le droit romain, uni à la philosophie stoïcienne, et le christianisme, de divine origine, étaient, comme nous l'avons vu, deux manifestations du principe spiritualiste, agissant dans deux sphères différentes. Domat, dans son livre des Lois, s'élève jusqu'à ce principe d'identité; il fait remonter les lois civiles au principe immuable, à la grande unité spirituelle où se confondent la morale et la religion, le droit pur et le christianisme, à Dieu !

Ainsi, par Domat, s'est accomplie, dans la science du droit, la généralisation du principe rationnel. — A la suite de l'auteur des lois civiles, ont marché les jurisconsultes du dix-septième siècle, notamment Henrys et Bretonnier, Cochin, Renusson, les deux Ferrière, père et fils, d'Hericourt; un peu plus tard Furgole, Thévenot-d'Essaule. L'école française a pris un grand caractère : des chaires de droit français ont été instituées à Paris, à Toulouse, dans les diverses facultés et dans cette même uni-

[1] *Voir* 18e *Lettre provinciale* et le *Discours sur la méthode géométrique.*

versité de Bourges qui avait vu briller la grande école romaine[1].

Par D'AGUESSEAU, second chef de l'École française, s'est faite, avec une vraie supériorité, l'application parlementaire du principe romain et rationnel. Jamais magistrat n'avait possédé comme lui l'esprit des lois romaines, la philosophie du droit et la faculté de les faire pénétrer dans toutes les discussions du barreau. Il a exercé une grande influence sur le ministère public, sur les *gens du roi*, qui, depuis saint Louis, représentaient spécialement la loi, la société; il leur a donné l'impulsion philosophique; et le barreau des dix-septième et dix-huitième siècles, recevant la double impulsion de la magistrature et d'une philosophie chrétienne et libre, propageait par sa parole et son influence sociale les idées d'uniformité, d'unité dans les lois, qui tenaient aux principes du droit romain.

D'Aguesseau ne se contenta pas d'appliquer en grand, dans ses discussions judiciaires, le principe romain à la jurisprudence française; dans ses œuvres législatives, il y eut direction marquée vers la prédominance du droit romain sur les coutumes. Il travailla, dans les limites d'une réformation circonspecte, sinon à détruire, du moins à abaisser les barrières qui séparaient le droit coutumier et le droit écrit : tous deux sont placés dans ses ordonnances l'un à côté de l'autre; mais on voit que par-dessus les hautes barrières qui les séparent encore, ils tendent à se rapprocher, à s'associer, comme deux arbres antiques dont les troncs sont séparés et dont les branches se confondent.

C'est au jurisconsulte d'Orléans, à l'homme capable de condenser toute la science du seizième siècle dans ses Pandectes de Justinien, dont le premier volume fut publié en 1748, l'année même de l'*Esprit des lois*, qu'il fut donné d'accomplir dans la

[1] A Paris, la chaire de droit français, créée par l'édit d'avril 1679, a été occupée pour la première fois par Delaunay, avocat, auteur d'un *Commentaire approfondi sur le premier livre des Institutes* de Loysel. Son discours d'ouverture, prononcé le 28 décembre 1680, a été imprimé en 1681. — A Toulouse, ce fut Martres (1682); à Reims, Claude Ferrière, etc.

science, par ses nombreux traités, la grande tâche de l'association des deux éléments romain et coutumier.

Au siècle où les sciences cherchaient l'utilité immédiate de l'application et descendaient au niveau de la société pour se mêler à sa vie de chaque jour, Pothier réunissait dans des traités spéciaux toutes les notions usuelles du droit ; il simplifiait et il éclairait les travaux de ses prédécesseurs. — Dans le droit romain et dans le droit français, il résume Cujas et Dumoulin. A la science profonde des jurisconsultes du seizième siècle, il joint le bon sens pratique du magistrat ; à l'aide de la clarté de son langage, il rend la science du droit accessible à tous : c'est ainsi que la théorie de *l'indivisibilité* des obligations, dans laquelle Dumoulin a mis toute sa profondeur et toute la métaphysique du droit, se revêt dans l'ouvrage de Pothier sur les obligations d'une lumière facile qui en éclaire les principes abstraits. Pothier est le propagateur de la science, le jurisconsulte populaire[1].

Mais ce qui fait sa place plus grande encore dans l'histoire du droit, c'est l'action qu'il a donnée au droit romain sur l'élément coutumier, la puissance d'assimilation de l'un à l'autre qu'il a si fortement développée ; c'est la manifestation continue du principe de l'équité et la lumière chrétienne dont il cherche toujours, dans ses ouvrages, à éclairer *le for intérieur :* par ce double spiritualisme du jurisconsulte et du chrétien, il a préparé les voies au législateur moderne.

Tout ce que le principe rationnel du droit romain pouvait trouver d'analogue à sa nature dans les coutumes, dans la jurisprudence française, il se l'est assimilé par les ouvrages de Pothier ; et, d'un autre côté, ce que le droit romain avait pu conserver d'affinité avec l'ancien droit civil de Rome a été le plus souvent dépouillé, rejeté. Le traité *de la Communauté*, matière essentiel-

[1] Nous retrouvons la même pensée exprimée par le mot énergique de *vulgarisateur* de la science, dans la préface du *Commentaire* de M. Troplong sur la Vente ; on ne peut avoir de meilleur garant de ses idées que ce jurisconsulte philosophe qui a mérité une gloire si rapide. (*Note* de 1836.)

lement coutumière, d'une part; et, de l'autre, le traité *des Obligations,* émanation directe du droit romain, peuvent être cités comme donnant l'idée la plus exacte de ces deux procédés d'assimilation et d'épuration que Pothier emploie dans ses ouvrages. — Il en résulte une transformation savante dans laquelle le droit romain et le droit coutumier, ne conservant d'eux-mêmes que les principes les plus conformes à l'équité, au droit naturel et rationnel, constituent dans la science un droit nouveau qui peut, à juste titre, s'appeler le DROIT FRANÇAIS.

Cette révolution à laquelle Domat, d'Aguesseau, Pothier ont si puissamment concouru, est la gloire de l'école française et le fruit principal de cette dernière branche que nous avons appelée l'école rationnelle et d'association.

Elle s'est continuée après ces trois grands jurisconsultes jusqu'en 1789. Des travaux furent entrepris pour revoir successivement toutes les parties de la science du droit d'après les idées nouvellement acquises. Les dictionnaires d'arrêts, les encyclopédies du droit, les répertoires, réfléchirent l'école nouvelle dans la science et dans la pratique. A la veille du grand mouvement national, Prost du Royer[1], Camus et Bayard[2] entreprennent des ouvrages où respire plus vivement encore et se développe l'esprit philosophique de cette école; quand vient le tremblement de terre, les monuments restent inachevés, *interrupta manent*...

Le dix-huitième siècle était si bien pour le droit et pour l'esprit humain une époque de méthode et de mouvement progressif, que même la branche féodale et coutumière participait à ce progrès. L'introduction aux coutumes de Pothier, le commentaire de la coutume d'Orléans, auquel contribuèrent Jousse, Prévôt de la Janès et Pothier encore qui lui donna son nom, l'ouvrage de Cottereau sur le droit général de la France et le droit particulier de la Touraine, le commentaire de la coutume d'Auvergne, par Chabrol, celui de Souchet sur la coutume d'Angoumois, témoignaient

[1] *Dictionnaire d'Arrêts.*

[2] *Nouvelle collection de Denisart.*

d'un progrès remarquable dans la méthode et le talent d'exposition. Chabrol et Souchet, Chabrol surtout, semblent avoir emprunté la plume de Domat pour écrire leurs commentaires[1]. Du côté des feudistes, les productions du dix-huitième siècle sont encore d'une supériorité plus marquée. L'homme de génie qui avait éclairé d'une lumière si pénétrante l'esprit des lois politiques et civiles des peuples anciens et modernes, et qui dans son livre préliminaire avait allumé le flambeau de la philosophie du droit, Montesquieu avait consacré ses deux derniers livres aux origines et à l'histoire des lois féodales : il avait mis à découvert les racines de l'arbre immense qui avait couvert l'Europe de ses branches ; presque en même temps (1750) Brussel, moins hardi dans ses vues, mais guidé toujours par l'étude attentive des textes, avait éclairé l'obscurité du moyen âge par son savant livre sur l'usage général des fiefs. — Plus près de nous, Henrion de Pansey, en qui notre siècle a vu le digne représentant des savants jurisconsultes d'un autre âge, et le Breton Hervé, dont l'ouvrage historique et théorique s'est arrêté devant la révolution, avaient largement exposé le système des droits inhérents à la nature de la féodalité. Ces quatre compositions, qui s'enchaînent par leur objet et se complètent réciproquement, forment un ensemble lumineux pour l'historien et le jurisconsulte[2].

Cette lumière devenait plus vive au moment de s'éteindre; elle

[1] L'ouvrage et le nom de Souchet sont peu connus; le commentaire a paru à la veille de la révolution, il a manqué d'à-propos. Souchet était avocat à Angoulême avant la révolution ; il est mort en 1822 dans une grande vieillesse : il n'était même plus sur le tableau des avocats de cette ville, tant les générations présentes sont oublieuses des générations passées ! Avocat stagiaire, j'ai assisté à la cérémonie funèbre de l'écrivain jurisconsulte : nous étions en bien petit nombre aux funérailles du savant commentateur ; et nulle voix de la magistrature ou du barreau n'a murmuré sur sa tombe une parole d'éloge ou de souvenir. Trop jeune alors pour apprécier un commentateur de coutume, j'ai gardé le silence ; puisse l'accent de l'âge mûr expier le silence du jeune homme ! (*Note* de 1836.)

[2] Il n'a fallu rien moins dans notre siècle que les *Essais de l'histoire de France* et le *Cours d'histoire moderne* de M. Guizot, pour ajouter encore à cette trace lumineuse.

allait éclairer un vaste tombeau. La féodalité civile, dans sa distinction des personnes et des propriétés, dans ses droits seigneuriaux, oppresseurs des hommes et des choses, avait été jusqu'alors garantie par l'intérêt et la puissance des possesseurs, par l'habitude des siècles et le respect de la longue possession. D'Aguesseau s'était incliné devant elle ; elle avait renversé Turgot ; elle avait jeté au feu, par les mains du parlement de Paris, l'ouvrage publié de concert avec le réformateur contre les droits féodaux [1]. Les quarante ans écoulés depuis d'Aguesseau, les dix ans écoulés depuis Turgot, avaient donné au mouvement de l'école moderne un grand degré de force et d'accélération. L'opinion publique, dirigée vers l'agriculture par les travaux des économistes, vers la liberté par les travaux des philosophes, avait profondément remué la société civile du moyen âge. Les droits féodaux étaient affaiblis par la lumière même qui les avait récemment entourés ; et une seule nuit, une nuit sublime d'enthousiasme, deviendra bientôt leur nuit éternelle. Le christianisme et le droit romain, principes d'égalité naturelle, de liberté civile, doctrines fraternelles de spiritualisme social, seront salués, le 4 août 1789, par un hommage digne de leur nature, car le sacrifice des droits féodaux aura, quoique en présence des malheurs publics, le caractère sacré de l'enthousiasme et de la spontanéité.

Avant d'entrer dans la région des orages, recueillons donc ce résultat de nos méditations sur les écoles successives du droit romain et du droit français, depuis la renaissance jusqu'à la fin du dix-huitième siècle : le droit romain assimilant à sa nature, au principe d'équité tous les éléments analogues du droit coutumier, et dépouillant, sous l'influence de la philosophie chrétienne, les derniers restes d'institutions spéciales à l'ancien droit civil de Rome, s'est posé dans la science, par l'intermédiaire de l'école

[1] L'ouvrage condamné de Boncerf servit plus tard aux décrets de l'Assemblée constituante sur l'abolition des droits féodaux. (M. Dupin, art. Boncerf, dans la bibl. de Camus.)

française, comme la doctrine universelle et moralement nécessaire qui devait embrasser toutes les parties de la société civile.

L'idée d'uniformité dans les lois, d'unité dans la justice sociale, s'est rendue maîtresse des esprits; elle demande impérieusement à prendre possession du monde extérieur, de la société civile et politique.

La Révolution de 1789 lui ouvre la carrière.

La Révolution, à son aurore, et suivant ses développements logiques et naturels qu'il faut isoler des excès et des crimes, est tout entière dans le passage devenu nécessaire des idées au sein des faits sociaux.

Il y avait contradiction entre les idées et les institutions : il fallait donc que les idées finissent par transformer les faits ou vaincre leur résistance, pour prendre place un jour dans l'ordre social.

La monarchie, limitée par une constitution régulière, était dans les idées : la monarchie absolue était dans l'ordre politique.

La liberté de conscience, une philosophie séparée des croyances religieuses, étaient dans les idées ; une religion dominante, un corps ecclésiastique richement doté, possesseur du cinquième du territoire[1], décimateur de toutes les terres, étaient dans l'ordre extérieur.

La libre admissibilité aux charges de l'État, selon le mérite personnel et la capacité, était dans les idées ; — le monopole des dignités civiles, militaires, ecclésiastiques en faveur des gens de cour; la vénalité et l'hérédité des offices de judicature et des charges de toute espèce, ce que nous avons qualifié plus haut du nom de féodalité administrative, étaient dans l'ordre du gouvernement[2].

Le droit naturel et rationnel, uniformément applicable aux personnes, à la propriété, aux relations de famille, à la transmissibilité des biens; la simplicité des juridictions et des formes ju-

[1] Rapport de Chasset. (*Hist. parl.*, 5-330.)

[2] Quatre mille offices donnaient et transmettaient la noblesse. (*Hist. parl.*, 4-200.)

diciaires, gardiennes de ces droits, étaient dans les idées; la féodalité presque tout entière était dans l'ordre de la société civile; il y avait dans l'ordre judiciaire dix-huit juridictions extraordinaires, cinq juridictions ordinaires, y compris des milliers de juridictions seigneuriales; plus les officialités; et les formes de procédure se compliquaient de traditions, d'ordonnances, de coutumes et d'une grande diversité dans les usages parlementaires[1].

Aux jours marqués par la Providence, il a fallu que l'idée sur tous les points passât dans les faits : c'est ce passage, tantôt libre et opéré sans résistance, tantôt violent et impétueux contre les obstacles, qui constitue la Révolution française.

L'histoire est une longue suite de luttes, de progrès, de réactions faites tantôt par la force, tantôt par le droit. La féodalité politique et civile avait été la réaction de la force contre l'esprit du christianisme et du droit romain; la monarchie absolue avait été successivement la réaction de la royauté contre la féodalité politique, contre les communes, contre les assemblées nationales, contre les parlements; la Révolution de 1789 fut la réaction de la liberté politique contre la monarchie absolue, de l'égalité naturelle et civile, proclamée par le christianisme et le droit, contre la féodalité civile. Or, toute réaction sociale porte avec elle un caractère hostile et destructif; quoique faite au nom du droit et même au profit de la société humaine, elle tend par son carac-

[1] TABLEAU § 1er. — JURIDICTIONS EXTRAORDINAIRES.

1° Le grand conseil; 2° le prévôt de l'hôtel; 3° la chambre des comptes; 4° la cour des aides; 5° la juridiction des élections; 6° la juridiction des greniers à sel; 7° la juridiction des traites (ou douanes); 8° la cour des monnaies; 9° la cour des juges gardes des monnaies; 10° les requêtes de l'hôtel; 11° les trésoriers de France; 12° la connétablie et maréchaussée de France; 13° l'amirauté; 14° les eaux et forêts; 15° la juridiction des lieutenants généraux de police; 16° la juridiction de l'hôtel de ville; 17° la juridiction des intendants; 18° les juges-consuls.

TABLEAU § 2. — JURIDILTIONS ORDINAIRES.

1° Parlements; 2° présidiaux; 3° baillis et sénéchaux royaux; 4° prévôts royaux; 5° *juges seigneuriaux* (*voir* la procédure de Pigeau avant la Révolution).

tère de lutte à sortir des limites naturelles de son principe. — Et si le génie du passé se soulève de tous les restes de sa vieille énergie, et tâche d'enchaîner le présent et l'avenir, alors la lutte des passions et des intérêts, du droit ancien et du droit nouveau devient sanglante, terrible, et dans l'histoire des nations 93 remplace 89. La trombe populaire renverse les hauteurs de la société, sillonne profondément le sol, met à nu toutes les racines de l'ordre social ; la désolation s'empare du cœur de l'homme dans ces tourmentes de la société humaine, comme elle se répand sur la terre dans les plus terribles scènes de la nature; mais quand le calme est enfin revenu, quand les existences survivantes ont pu se rassurer elles-mêmes et se sentir vivre dans une atmosphère nouvelle de sécurité; quand le silence de l'attente et de l'espérance s'est fait en présence de l'homme ou du pouvoir auquel Dieu a donné une mission réparatrice, alors, mais alors seulement, le génie de l'ordre et de la civilisation combine et réalise dans les lois du pays les résultats sociaux de la révolution nationale.

Nous pourrions, sans doute, en vue des résultats légitimes de la Révolution française, franchir la région des orages et nous arrêter sous le ciel plus pur du Consulat, en présence de son œuvre glorieuse de codification. Mais ces dix années de l'époque révolutionnaire font une grande époque dans le monde, et elles ont laissé sur la route du droit public et administratif, du droit ecclésiastique et civil, des ruines et des institutions, des essais et des principes, des souvenirs et des lois qui forment, à l'entrée de la législation moderne, un aspect imposant ou redoutable, et qui contiennent des sujets d'étude ou des enseignements de toute nature pour la philosophie de l'histoire et du droit.

Nous donnerons donc à cette Époque, dans le second volume, une longue et forte attention pour étudier le Droit public et privé de la Révolution française.

FIN DU LIVRE SIXIÈME ET DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

DU PREMIER VOLUME.

LIVRE PREMIER.

LE DROIT CIVIL DE ROME (SOUS LA RÉPUBLIQUE).

LIVRE DEUXIÈME.

LE DROIT ROMAIN, LE CHRISTIANISME ET LE DROIT GERMANIQUE.

LIVRE TROISIÈME.

DROIT FÉODAL ET COUTUMIER.

Ire CLASSIFICATION.

IIe CLASSIFICATION.

IIIe CLASSIFICATION.

IVe CLASSIFICATION.

LIVRE QUATRIÈME.

DROIT CANONIQUE.

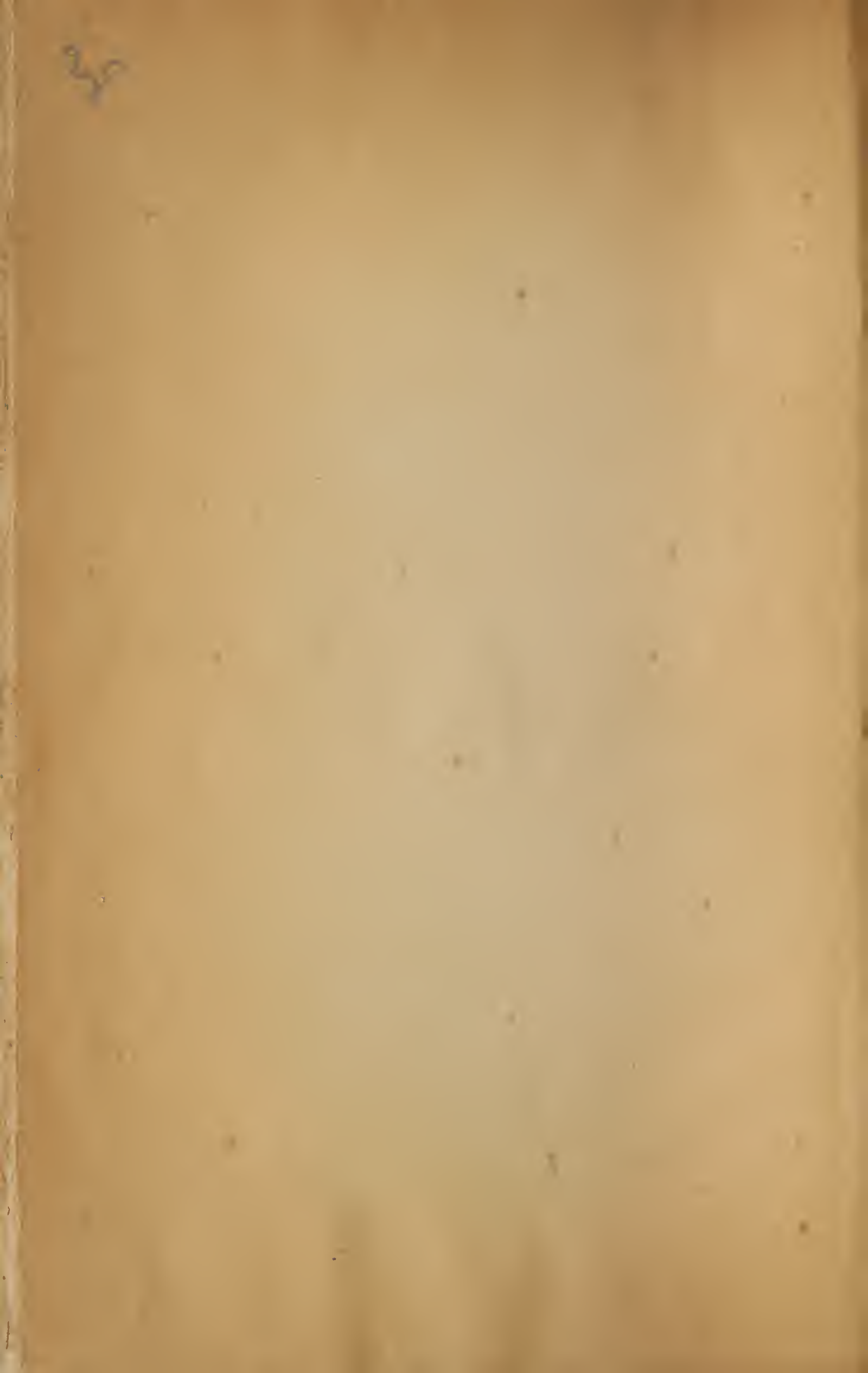
LIVRE CINQUIÈME.

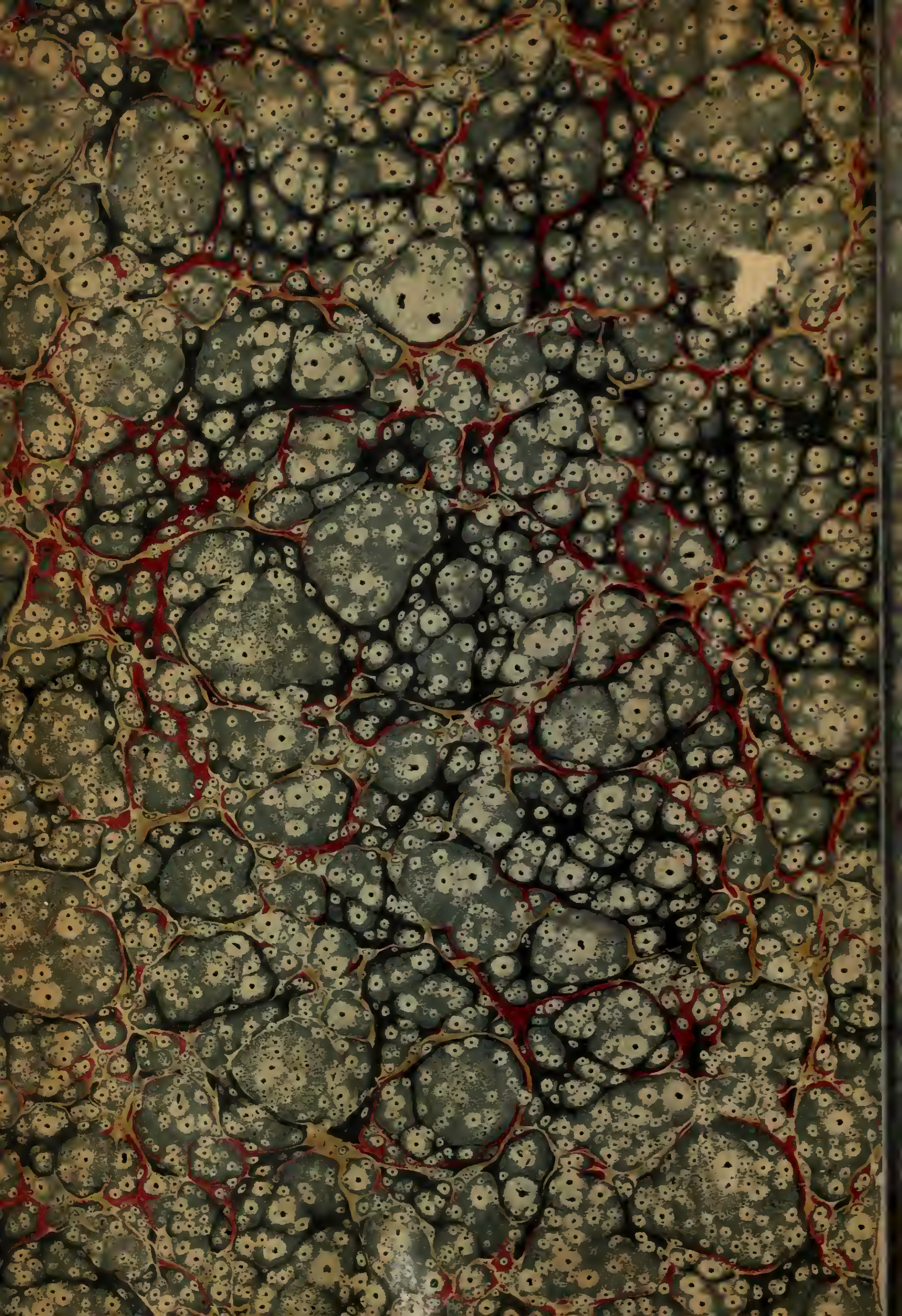
ORDONNANCES.

LIVRE SIXIÈME.

ÉCOLES JURIDIQUES. — ORDRE PROGRESSIF ET CLASSIFICATION DES ÉCOLES SCIENTIFIQUES DU DROIT ROMAIN ET DU DROIT FRANÇAIS, JUSQU'EN 1789.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU PREMIER VOLUME.





DATE DUE

30/4/85 PEB			
23-05-85			
AUG 22 [illegible]			
2[illegible] OCT. 19[illegible]			
20 OCT. 1987			
03 DEC. 1988			
[illegible]2 DEC. [illegible]			
OCT. [illegible] 2006			
OCT 16 2006			
CAT. NO. 1137			

